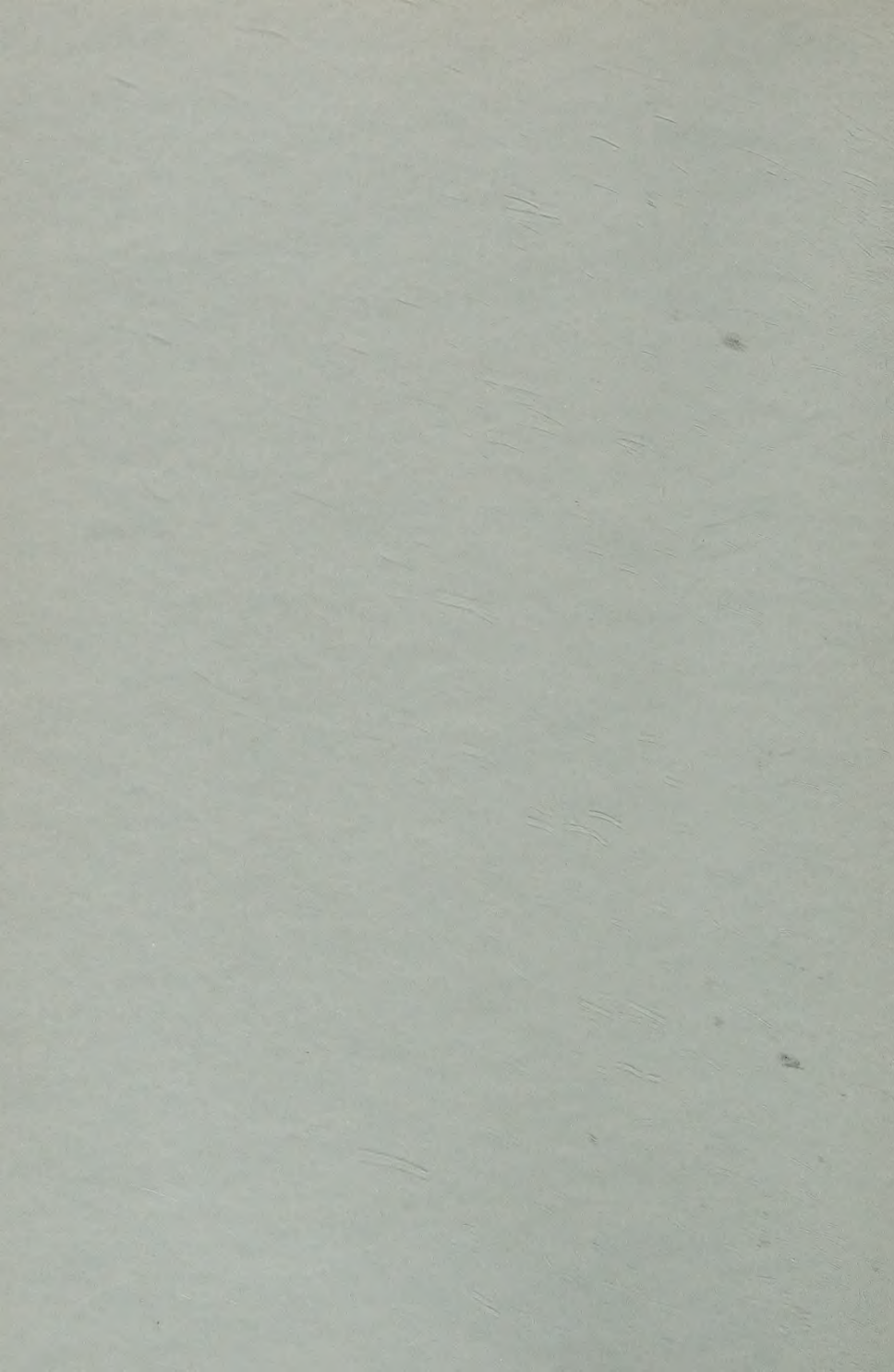


**DIE RECHTSSTELLUNG DES WERKUNTERNEHMERS
BEI DER ERSTELLUNG
VON WOHNUNGS- ODER TEILEIGENTUM
IM BAUHERRENMODELL**

**Gerd Möller
aus Vechta**

1980
—





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555428_0001

DIE RECHTSSTELLUNG DES WERKUNTERNEHMERS BEI DER ERSTELLUNG
VON WOHNUNGS- ODER TEILEIGENTUM IM BAUHERRENMODELL

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des akademischen Grades

eines

Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft

der Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster

vorgelegt von

Gerd Möller

aus Vechta

Jahr 1980



Dekan : Prof. Dr. Hoppe

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Kollhossner

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Merle

Tag der mündlichen Prüfung: 1. Dezember 1980

INHALTSVERZEICHNIS

A. Problemstellung	1
B. Ausgestaltungsmöglichkeiten bei der Baubetreuung	6
I. Literaturübersicht	7
1. Abgrenzung der Baubetreuungsfälle voneinander zu ähnlichen Vertragstypen	7
a) Das Abgrenzungsmerkmal "Eigentumsverhältnisse"	7
b) Das Abgrenzungsmerkmal "Handeln in fremdem Namen"	10
2. Die rechtliche Einordnung der Baubetreuungsfälle	11
a) Die Baubetreuung im weiteren Sinn (Bauträgersvertrag)	11
b) Der Baubetreuungsvertrag im engeren Sinn	13
II. Die Rechtsprechung	15
1. Die Baubetreuung (im engeren Sinn)	15
a) Rechtsnatur; Haftung bei Verletzung der Leistungspflichten	15
b) Abgrenzung zwischen Baubetreuung und Bauträgerschaft, insbesondere bei Festpreisgarantie des Betreuers	19
2. Der Bauträgersvertrag	24
a) Die Rechtsnatur des Bauträgersvertrages; Formbedürftigkeit des Vertrages; Haftung bei Verletzung von Leistungspflichten	24
b) Abgrenzung des Bauträgersvertrages zum Wohnungskauf	29
III. § 34 c GewO sowie die Makler- und Bauträgersverordnung	31
1. Zivilrechtliche Auswirkung des Makler- und Bauträgersvertrages	32
2. Verständnis der Begriffe Baubetreuer, Bauherr, Bauträger	37
IV. Stellungnahme	42
1. Bedeutung der Rechtsbeziehung Betreuer - Erwerber für den Bauhandwerker	42
2. Zusammenstellung der in Rechtsprechung und Literatur verwendeten Abgrenzungskriterien	46
3. Das "Zeitpunkt-Argument"	48
4. Die Eigentumsverhältnisse am Grundstück	51
a) Abgrenzungskriterium zwischen Baubetreuung und Bauträgerschaft	51
b) Auswirkungen auf die rechtliche Qualifizierung der bauwerksbezogenen Leistung	52

5. Die Vereinbarung eines Festpreises	60
a) Das Handeln in fremdem Namen	61
b) Die Betreuervollmacht	63
aa) Steuerliche Auswirkungen des Baubetreuungsmodells	64
(1) Einkommenssteuer	64
(2) Grunderwerbssteuer	71
(3) Umsatzsteuer	71
(4) Einkommenssteuerliche Auswirkung der Veräußerung	72
(5) Anforderungen an die Bauherreneigenschaft	73
bb) Auswirkungen auf die Praxis der Vertragsgestaltung	75
cc) Auswirkungen der Preisvereinbarung auf die Vollmacht	78
dd) Sonderfälle	89
6. Handeln in fremdem Namen und für fremde Rechnung	92
7. Begriffsbestimmung für die weitere Untersuchung	99
8. Die rechtliche Bewertung des Bauträgervertrages und Baubetreuungsverhältnisse	100
C. Die Rechtsstellung des Bauhandwerkers bei Baubetreuungsverhältnissen im engeren Sinn	111
I. Themenübersicht	111
II. Das Handeln des Betreuers in fremdem Namen	112
1. Anforderungen an das Offenkundigkeitsprinzip	112
a) In der Praxis vorkommende Fallgestaltungen	112
b) Die Rechtsprechung des BGH	115
c) Eigene Auffassung	117
aa) Umfang der vom Handwerker bei Vertragsschluß erwarteten Sorgfalt	117
bb) Rechtsfolge, wenn der Fremdbezug objektiv unklar ist	123
cc) Anforderungen an die Bezeichnung der Bauherrengemeinschaft	124
2. Ansprüche des Handwerkers gegen den Baubetreuer, wenn dieser nach § 164 unter Wahrung des Offenkundigkeitsprinzips aufgetreten ist	131
3. Ansprüche des Unternehmers gegen die Erwerber, wenn der Betreuer den Werkvertrag in eigenem Namen abgeschlossen hat	136
a) Anspruch aus §§ 951, 812	137
b) Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag	140

4. Umgestaltung der vertraglichen Beziehung zu einem Vertrag Unternehmer - Erwerber	148
III. Die Betreuervollmacht	151
1. Der Umfang der Vollmacht	151
a) Fallgestaltung aus der Praxis	152
b) Grundsätze zum Vollmachtsumfang	155
c) Kollusion	156
d) Abweichung von der Baubeschreibung	156
2. Rechtsscheinstatbestände	161
3. Die Widerruflichkeit der Betreuer-Vollmacht	167
a) Zulässigkeit einer unwiderruflichen Vollmacht	167
b) Auslegungsgrundsätze	171
4. Ansprüche des Werkunternehmers bei Handeln des Betreuers in fremdem Namen ohne Vertretungsmacht	176
a) Zusammenstellung der Fallgruppen	176
b) Rechtliche Bewertung	177
IV. Rechts- und Pflichtenzuständigkeit der einzelnen Erwerber und der Bauherrengemeinschaft	182
1. Der Bezugspunkt der Untersuchung	182
a) Auffassung von Deckert	182
b) Auffassung der Rechtsprechung	184
c) Stellungnahme	185
2. Die Gestaltung der Rechtsgeschäfte in der Praxis	188
3. Möglichkeiten der Aktiv- und Passivlegitimation	191
a) Ausgangspunkt zur Bestimmung der Aktiv- und Passivlegitimation	192
b) Zusammenstellung der denkbaren Möglichkeiten	192
4. In Rechtsprechung und Literatur behandelte Ansprüche	196
a) Gewährleistungsansprüche	196
aa) Entscheidungskriterien	197
bb) Die in Rechtsprechung und Literatur hierzu vertretenen Auffassungen	200
b) Haftung der Erwerber für die Werklohnforderung	202
5. Stellungnahme	205
a) Bestimmung der Parteien des Bauvertrages	205
b) Rechtliche Einordnung der Bauherrengemeinschaft	207

aa) Notwendigkeit der rechtlichen Einordnung	207
bb) Bruchteilsgemeinschaft	208
cc) Innengesellschaft nach § 7o5	212
dd) "Werdende" Wohnungseigentümergeinschaft	212
ee) Außengesellschaft nach § 7o5 als Vorstadium der Wohnungseigentümergeinschaft	213
ff) Besonderheiten gegenüber dem Regelfall der §§ 7o5 ff	22o
c) Auswirkung der rechtlichen Einordnung auf die Aktiv- und Passivlegitimation	223
aa) Rechtsgeschäftlicher Verpflichtungstatbestand für Gesellschafterschulden	224
bb) Maßstäbe für die Rechtstellung und die Verpflichtung der Erwerber	227
(1) Der Anspruch auf Herstellung und die Gewährleistungsrechte	227
(2) Der Vergütungsanspruch	231
(3) Auswirkungen der Zahlungspflicht auf die Ansprüche des Erwerbers	241
D. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse	244

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band und Seite)
BauR	Baurecht (Zeitschrift)
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (Band und Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivil- sachen (Band und Seite)
BStBl.	Bundessteuerblatt
Buchst.	Buchstabe
c.i.c.	culpa in contrahendo
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
DNotZ	Deutsche Notarzeitung (Zeitschrift)

Einl.	Einleitung
Erl.	Erläuterungen
ESTG	Einkommenssteuergesetz
FN	Fußnote
GewO	Gewerbeordnung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GOA	Gebührenordnung für Architekten
h.M.	herrschende Meinung
HS	Halbsatz
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinn
i.S.d.	im Sinne des
IstB	Information steuerberatender Berufe (Zeitschrift)
i.S.v.	im Sinne von
i.w.S.	im weiteren Sinn
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JurA	Juristische Analysen (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring (Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)
MaBV	Makler- und Bauträgerverordnung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
OFD	Oberfinanzdirektion
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (Jahr und Seite)

Rdn	Randnummer
Rdschr.	Rundschreiben
Rdvfg	Rundverfügung
RG	Reichsgericht
RGZ	Amtliche Sammlung der Rechtsgerichts-Rechtsprechung in Zivilsachen (Band und Seite)
RhNK	Niederschriften über die Notarkammersitzungen der Rheinischen Notarkammer (Jahr und Seite)
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
sog.	sogenannte
u.	und
UStG	Umsatzsteuergesetz
v.	vom
vgl.	vergleiche
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
zit.	zitiert

LITERATURVERZEICHNIS

- Bärmann-Pick-Merle Wohnungseigentumsgesetz Kommentar
4. Aufl., München 1980
- Bärmann-Pick Wohnungseigentumsgesetz Erläuterte Ausgabe
8. Aufl., München 1976
- Baginski Aktuelle Probleme beim Erwerb von Wohnungen -
unter Berücksichtigung des Wohnungseigentums
RhNK 1975, 67
- Ballerstedt Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts
der Personengesellschaften
JuS 1963, 253
- Baumbach-Hueck GmbH-Gesetz
13. Aufl., München 1970
- Baur Lehrbuch des Sachenrechts
10. Aufl., München 1978
- Berg Bereichungsanspruch bei Leistung an einen
Dritten - BGHZ 36, 30
JuS 1964, 137
- ders. Bereicherung durch Leistung und in sonstiger
Weise in den Fällen des § 951 Abs. 1 BGB
AcP 160, 505
- ders. Anmerkung zu BGH NJW 1964, 720 Nr. 4
NJW 1964, 720
- Binz Haftungsverhältnisse bei erwerbender Tätigkeit
der Vor-GmbH & Co. KG
GmbH-Rdschr. 1976, 29

- Börner Das Wohnungseigentum und der Sachbegriff des
 Bürgerlichen Rechts
 Vom Deutschen zum Europäischen Recht
 Festschrift für Hans Dölle, Bd. I
✓ Deutsches Privat- und Zivilprozeßrecht
 Tübingen 1963
- Bopp Die vertragliche Ausgestaltung des WEG in der
 Praxis
 Dissertation Freiburg 1968
- Brambring AGB-Gesetz und Gewährleistungsregelung im
 Bauträgervertrag
 NJW 1978, 777
- Brandt Baubetreuung - Anwendungsbereich und Grenzen
 der Verordnung zur Durchführung des § 34 c GewO
 BauR 1976, 21
- Brox Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung
 Karlsruhe 1960
- Brych Anmerkung zu KG NJW 1976, 1097 Nr. 11
 NJW 1976, 1097
- ders. Kauf vom Bauträger
 NJW 1975, 2326
- ders. Der Erwerb von Wohnraum und die Gewährleistung
 NJW 1973, 1583
- ders. Zivilrechtliche Aspekte des Bauherrenmodells
 DB 1979, 1589
- Bydlinski Privatautonomie und objektive Grundlage des ver-
 pflichteten Rechtsgeschäftes
 Wien, New York 1967

- Canaris Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonen-
verhältnis
in Festschrift für Karl Larenz
München 1973
- ders. Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht
1971
- v. Craushaar Zur vertraglichen Eigenhaftung des Betreuers
als Vertreter des Bauherrn
Festschrift für v. Caemmerer
Tübingen 1978
- Crezelius Anmerkung zu BGH NJW 1978, 2158 Nr. 11
NJW 1978, 2158
- Deckert Geltendmachung von Baumängelgewährleistungsan-
sprüchen am Gemeinschaftseigentum einer Eigen-
tumswohnanlage
NJW 1975, 854
- ders. Baumängel am Gemeinschaftseigentum der Eigentums-
wohnung - Gewährleistungsansprüche in der Praxis
Freiburg 1978
- Diederichsen Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
zur ungerechtfertigten Bereicherung
JurA 1970, 378, (ZR) 28
- Diester Wichtige Rechtsfragen des Wohnungseigentums unter
Berücksichtigung der Novellierung des WEG
München 1974
- Dilcher Rechtsfragen der sogenannten Vorgesellschaft
JuS 1966, 89

- Ehmann Über den Begriff des rechtlichen Grundes im
Sinne des § 812 BGB
NJW 1969, 398 ff
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
1. Band, 6. Aufl., Münster 1975
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
1. Band, 2. Halband, 15. Aufl., 1960
- Fiedler Abschied vom Leistungsbegriff
JR 1975, 319
- Flume Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
Erster Band, Erster Teil, Die Personengesellschaft
Berlin, Heidelberg, New York 1977

Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft
3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1979
- ders. Anmerkung zu BGH JZ 1962, 280
JZ 1962, 281
- Fricke Zur Wirksamkeit des Baubetreuungsvertrages bei
Verstoß gegen § 34 c GewO
GewArch 1975, 255
- Gädtkke-Temme Kommentar zur Bauordnung für das Land Nord-
rhein-Westfalen
- Landesbauordnung - (BauO NW)
6. Aufl., Düsseldorf 1979
- Gläser Kauf vom Bauträger
NJW 1975, 1006
- Godin-Wilhelmi Aktiengesetz Kommentar
Band I, §§ 1 bis 178
Berlin, New York 1971

- Gerbing Bauteilungskriterien für Beteiligungsangebot an
Bauherrengemeinschaften,
DStR 1980, 648
- Götz Der Vergütungsanspruch gemäß § 951 Abs. 1 S. 1 BGB
Berlin 1975
- Groß Die Gewährleistung des Baubetreuers im weiteren
Sinne bei Mängeln am gemeinschaftlichen Eigentum
BauR 1975, 12
- Gursky Die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Ge-
schäftsführung ohne Auftrag in der neueren Recht-
sprechung
JurA 1969, 103 ff (ZR) 35
- Halbe Nochmals: Makler- und Bauträgerverordnung und
Bürgerliches Recht
NJW 1977, 1437
- Heckelmann Mitverschulden des Vertretenen bei Mißbrauch der
Vertretungsmacht
JZ 1970, 62
- Heinrichs Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbe-
dingungen
NJW 1977, 1505
- Hennemann Gewerbliche Vermietung von Wohnungseigentum
IStB 1978, 137
- Hepp Makler- und Bauträgerverordnung und Bürgerliches
Recht
NJW 1977, 617
- Herrmann-Heuer Kommentar zum EStG und UStG
18. Aufl., Köln, Marienburg 1958/1977
- Hiddemann Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum
Kaufrecht
WM 1977, 1242 ff

Hopt	Aktuelle Rechtsfragen der Haftung für Anlage- und Vermögensberatung, RWS-Seminarskript 1980
Heymann	Rechtliche und wirtschaftliche Aspekte von Bauherren- und Ersterwerber-Modellen, Beilage BB 12/1980
Hirschfeld	Werbungskosten bei Bauherrengemeinschaften DB 1978, 1005
Hochstein	Zahlungsklage aus Zwischenrechnungen gemäß § 16 Ziff. 1 VOB/B? BauR 1971, 7
Huber	Bereicherungsansprüche beim Bau auf fremdem Boden JuS 1970, 342 ff
Hüffer	Die Publikumpersonengesellschaft und das Problem des Anlegerschutzes JuS 1979, 457 ff
Ingenstau-Korbion	VOB Teil A und B (Kommentar) 8. Aufl., Düsseldorf 1977
Jagenburg	Die Vollmacht des Architekten BauR 1978, 180
Johlen	Haftung des Grundstücksverkäufers bei Unbebaubarkeit des verkauften Baugrundstücks NJW 1979, 1531
Kappelmann	Die Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche nach dem Erwerb von Wohnungseigentum MDR 1973, 1
Kirchner	Wohnungseigentum - Bewirtschaftungskosten - Risiken für jeden Wohnungseigentümer MittBayNot 1973, 263
Klamroth	Anmerkung zu BGH BB 1973, 1178 BB 1974, 1179
Koeble	Die Rechtsnatur der Verträge mit Bauträgern (Baubetreuern) NJW 1974, 721

- | | |
|-----------------|--|
| Koppensteiner | Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes
NJW 1971, 588 |
| Kornblum | Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften
Frankfurt a.M. 1972 |
| Landmann-Rohmer | Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften
Band I Gewerbeordnung Kommentar
13. Aufl., München 1979 |
| Larenz | Lehrbuch des Schuldrechts
Zweiter Band, Besonderer Teil
11. Aufl., München 1977 |
| ders. | Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts
5. Aufl., München 1979 |
| Lehmann-Hübner | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches
15. Aufl., Berlin 1966 |
| Lichtenberger | Das Verweisen bei öffentlicher Beurkundung
NJW 1979, 1857 |
| Locher | Rechtsfragen des Baubetreuungsvertrages
NJW 1967, 326 |
| ders. | Neuregelung der Berufsausübung privater Baubetreuer und Bauträger
NJW 1975, 98 |
| ders. | Neue Regeln für die Berufsausübung privater Baubetreuer und Bauträger
NJW 1976, 607 |
| ders. | Das private Baurecht
2. Aufl., München 1978 |
| ders. | Baubetreuungsrecht
Düsseldorf 1973 |

- Locher-Koeble Baubetreuungs- und Bauträgerrecht
2. Aufl., Düsseldorf 1980
- Lorenz Gläubiger, Schuldner, Dritte und Bereicherungsausgleich
AcP 168, 286
- Marcks Die Verordnung zur Durchführung des § 34 c GewO
DNotZ 1974, 524
- ders. Verordnung zur Durchführung des § 34 c GewO
DNotZ 1975, 389
- Maser Bauherrenmodelle im Spiegel der neuen Gesetzgebung
und Rechtsprechung
NJW 1980, 961
- Mattern Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum
Eigenheimbewerbervertrag
WM 1972, 670
- Medicus Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo
JuS 1965, 209
- ders. Bürgerliches Recht
9. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1979
- Müller Die Haftung des Stellvertreters bei culpa in
contrahendo und positiver Forderungsverletzung
NJW 1969, 2169 ff
- Münchener Kommentar
zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch Band 1 Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240) AGB-Gesetz
München 1978

Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241
- 432)
München 1979

- Merle Das Wohnungseigentum im System des bürgerlichen
 Rechts
 Berlin 1979
- Nicklisch Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werks-
 vertrag, insbesondere beim Bau- und Industrie-
 anlagevertrag
 BB 1979, 533
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch
 39. Aufl., München 1980
- Peters Anmerkung zu BGH NJW 1979, 1820 Nr. 3
 NJW 1979, 1820
- ders. Die Wandlung des Werkvertrages
 JR 1979, 265
- Pfeiffer Vertretungsprobleme bei Verträgen mit Bauträgern
 NJW 1974, 1449
- Pick Ordnungsgemäßer Gebrauch und bauliche Veränderung
 im Sinne des WEG
 NJW 1972, 1741
- Picker Anmerkung zu OLG Köln NJW 1973, 1798 Nr. 8
 NJW 1973, 1800
- ders. Gutgläubiger Erwerb und Bereicherungsausgleich bei
 Leistungen im Dreipersonenverhältnis
 NJW 1974, 1790
- Pinger Was leistet der Leistungsbegriff im Bereiche-
 rungsrecht?
 AcP 179, 301

- Reeb Grundfälle zum Bereicherungsrecht
JuS 1973, 227
- RGRK-BGB Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes 28. Lieferung
§§ 90 - 132
Berlin-New York 1977

Band II, 2. Teil §§ 419 - 610
Band II, 4. Teil §§ 631 - 811
12. Aufl., Berlin-New York 1978

Band III, 1. Teil
12. Aufl., Berlin-New York 1979
- Riedler Gewährleistungsansprüche der Wohnungseigentümer bei Mängel am Gemeinschaftseigentum
DB 1976, 853
- Röll Die Fertigstellung des Gebäudes durch die Wohnungseigentümergeinschaft
NJW 1978, 1507 ff
- ders. Rechtsfragen bei der Errichtung von Eigentumswohnanlagen in mehreren Bauabschnitten
DNotZ 1977, 69 ff
- Rosenbauer Das Wohnungs- bzw. Teileigentum und seine Einordnung in das bürgerliche Recht
Dissertation Mainz 1968
- ders. Klagen von Wohnungseigentümergeinschaften zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen
BauR 1978, 241

- Serick Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung
Band II Die einfache Sicherungsübertragung
2. Teil, Heidelberg 1970
- Sinn Zum Rückgriff bei ungewollter Zahlung fremder
Schulden (§ 267 BGB)
NJW 1968, 1857
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch Band 1
Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240)
11. Aufl., Berlin, Köln, Mainz 1978
- Band 2 Schuldrecht I (§§ 241 - 610)
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
- Band 3 Schuldrecht II (§§ 611 - 853)
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1969
- Band 5 Sachenrecht (§§ 854 - 1296)
- Wohnungseigentumsgesetz, Erbbaurechtsverordnung.
Schiffrechtsgesetz
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1978
- Schmalz1 Zur Vollmacht des Architekten
MDR 1977, 622
- Schlosser Peremptorische Einreden und Ausgleichszusammen-
hänge
JZ 1966, 428
- Schmidt Ist § 34 c GewO und die dazugehörige Durchfüh-
rungsverordnung rechtswirksam und praktikabel?
BB 1975, 203
- ders. Wichtige Neuregelungen für Bauträger und Bau-
betreuer
BB 1975, 995

Tempel	Zur Rechtsnatur des Architektenvertrages JuS 1964, 346
Tiekötter	Der rechtliche Charakter der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und die Vereinigung zur Be- gründung von Wohnungseigentum Dissertation Münster 1962
Ulmer-Brandner- Hensen	AGB-Gesetz 3. Aufl., Köln 1978
Volhard	Zur Formwirksamkeit beurkundeter Verträge bei Verweisung auf öffentliche Urkunden NJW 1979, 1488
Weimar	Ansprüche der Handwerker bei Insolvenz des Bau- trägers BauR 1975, 308
Weitnauer-Wirths	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauer- wohnrecht 4. Aufl., München 1972
Weitnauer	Die Leistung Festschrift für v. Caemmerer Tübingen 1978
ders.	Die bewußte zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens NJW 1974, 1729
ders.	Anmerkung zu BGH JZ 1973, 735 JZ 1973, 736

- Werner-Pastor Der Bauprozess
2. Aufl., Düsseldorf 1977
- Westermann Personengesellschaftsrecht
BGB-Gesellschaft - OHG - KG
4. Aufl., Köln 1979
- ders. Sachenrecht
5. Aufl., Karlsruhe 1969
- Westermann, H. P. Bereicherungshaftung des Erwerbers gestohlener
Sachen: Zur "Subsidiarität" der Eingriffskondition
- BGHZ 55, 176
JuS 1972, 18
- Wieling Falsa demonstratio non nocet
Jura 1979, 524
- ders. Die Bedeutung der Regel "falsa demonstratio non
nocet" im Vertragsrecht
AcP 172, 297
- Winkler Anmerkung zu BGH DNotZ 1979, 406 ff
DNotZ 1979, 410 ff
- Wittchen Der Baubetreuungsvertrag
Dissertation Hamburg 1978
- Wollschläger Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen
Recht und Erstattungsanspruch
Berlin 1977

Die Rechtsstellung des Werkunternehmers bei der Erstellung
von Wohnungs- oder Teileigentum im Bauherrenmodell

A. Problemstellung

Wie sich aus §§ 93, 94¹ ergibt, können nach dem BGB mehrere Personen an einer Immobilie nur ideell zu Bruchteilen oder als Gesamthänder Inhaber der Eigentumsrechte sein. Eigentumsanteile zu realen Bruchteilen sind nicht möglich. Das WEG² hat diese Rechtslage erheblich verändert³, ursprünglich, um breiten Bevölkerungsschichten die Möglichkeit zu schaffen, ihren engsten Lebensraum zu Eigentum zu erwerben⁴. In Verbindung mit einem Miteigentumsanteil an der Gesamtimmobilie kann an Wohnungen oder nicht zu Wohnzwecken

1) §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB

2) Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz) vom 15. März 1951 (BGBl. I, S. 175, ber. S. 209)

3) zu historischen Vorbildern des Wohnungseigentums und zum Raumeigentum nach Inkrafttreten des BGB vgl. Merle, S. 17-18

4) zu diesem Normzweck des WEG vgl. BGH WM 1979, 1000 mwN

bestimmten Räumen Sondereigentum erworben werden¹. Das WEG regelt jedoch nur die sachenrechtlichen Erwerbsmöglichkeiten von Wohnungs- bzw. Teilgeigentum, §§ 3, 8 WEG. Die zugrunde zu legende Kausalbeziehung muß sich daher nach dem BGB beurteilen.

Unproblematisch ist das Kausalgeschäft, wenn die in Frage stehende Wohnung fertig, schon gebraucht ist. Hier liegt die Anwendung der §§ 433 ff auf der Hand. Das WEG scheint in einigen Vorschriften davon auszugehen, daß der Erwerb von bereits fertiggestellten Wohnungen der Regelfall ist: Sowohl § 3 als auch § 8 WEG handeln von "bestimmten" Wohnungen. Was hierzu gehören kann, ergibt sich aus § 5 WEG: "bestimmte Räume" und "bestimmte Bestandteile des Gebäudes, die verändert ... werden können".

-
- 1) zum Verhältnis des Miteigentumsanteils zum Sondereigentum werden verschiedene Auffassungen vertreten:

(1) Die h.M. erklärt das Wohnungseigentum mit Prädominanz des Miteigentums als Hauptsache, zu dem das Sondereigentum als Akzessorium hinzukommt (BGHZ 49, 251; Palandt-Bassenge, vor § 1 WEG Anm. 2 A a; Rosenbauer; weitere Nachweise bei Merle, S. 165).

(2) Auch die gegenteilige Auffassung wird vertreten: Danach ist das Sondereigentum die Hauptsache, das Miteigentum gilt als wesentlicher Bestandteil des Sondereigentums (Börner, S. 201 ff; weitere Nachweise zu entsprechenden Auffassungen im ausländischen Recht vgl.: Bärmann, WEG, Rdn 182, 183).

(3) Zwischen diesen Auffassungen steht die "Theorie der dreigliedrigen Einheit": Danach besteht eine untrennbare Verbundenheit der beiden sachenrechtlichen Elemente (Miteigentum, Sondereigentum) mit dem personenrechtlichen Element der Beteiligung an der Wohnungseigentümerschaft (so vor allem: Bärmann, Rdn 182, 194 ff; Erläuterungsbuch zum WEG, S. 20 ff; Bopp, S. 69 ff).

(4) Von der Gleichrangigkeit beider Elemente des Eigentums geht auch Tiekötter aus. Er leugnet jedoch das Bestehen eines zusätzlichen personenrechtlichen Elementes in der Gemeinschaft. Nach ihm sind die rechtlichen Beziehungen der Miteigentümer untereinander unmittelbar Ausfluß des Eigentums. Weitere Mitgliedschaftsrechte sind entbehrlich. Nach dieser Auffassung bestehen zwei Gemeinschaften: die der Miteigentümer und die der Sondereigentümer. Vgl. hierzu eingehend Merle, S. 162 ff, der das Wohnungseigentum als "grundstücksgleiches Recht" versteht (S. 179 f).

Dem Gesetz hat als Leitbild offensichtlich vorgeschwebt, daß das Gebäude vor der Einräumung des Sondereigentums bereits besteht. Dies bestätigt mittelbar auch § 22 WEG. Die Vorschrift regelt die Rechtsbeziehungen der Wohnungseigentümer untereinander im Hinblick auf einen eventuellen Wiederaufbau. Vorschriften über den Aufbau dagegen fehlen.

Die Vorstellung vom Kauf des einzelnen Wohnungseigentums stößt dagegen auf Schwierigkeiten, wenn Wohnungseigentum an zu errichtenden Neubauten verschafft werden soll. Insbesondere bei größeren Anlagen wird es kaum vorkommen, daß der ursprüngliche Grundstückseigentümer zunächst im eigenen Namen und für eigene Rechnung ein Gebäude errichtet, sodann Wohnungseigentum bildet und dies danach verkauft und übereignet. Abgesehen davon, daß der Eigentümer überhaupt baumillig sein müßte, setzte dies eine erhebliche Finanzkraft voraus; der Eigentümer des Grundstücks wäre gezwungen, möglicherweise über Jahre den Gesamtkomplex allein zu finanzieren und das Veräußerungsrisiko voll zu tragen.

Gerade sehr große Baumaßnahmen können also dazu zwingen, die künftigen Wohnungseigentümer bereits an der Bauerichtung finanziell zu beteiligen. Dies kann dadurch erfolgen, daß die Bauverträge mit den Handwerkern durch die künftigen Wohnungseigentümer selbst geschlossen werden. So wird vermieden, daß die Gebäudeerstellung durch einen Dritten vorfinanziert werden muß. Zur Erledigung der Aufgaben, die für den Auftraggeber mit der Bauerstellung verbunden sind, bedarf es jedoch eines Verantwortlichen. Schon für das Zusammenführen der Interessenten ist erforderlich, daß jemand zumindest Grundvorstellungen für das Projekt entwickelt und es dann für den Erwerb anbietet. Die Erforderlichkeit eines Koordinators zeigt sich weiter bei der Bauerrichtung selbst. Die Wahrnehmung der Bestellerfunktion gegenüber den

Bauhandwerkern stellt Anforderungen, die der Erwerber von Wohnungseigentum in der Regel nicht selbst erfüllen will. Anders als der Käufer nach § 433 ist der Besteller gemäß § 631 nicht auf die bloße Annahme der Sache beschränkt. Ihn treffen vor und während des Herstellungsvorganges Mitwirkungs- und Vorbereitungspflichten. § 642 sieht dies zwar nur als bloße Möglichkeit vor. Speziell für den Bauvertrag gewinnt dieser Gedanke jedoch ein erhebliches Gewicht. Der Auftraggeber hat das "versprochene" Werk zunächst zu "bestellen". Ihn trifft also die Pflicht zur ordnungsgemäßen Planung und Ausschreibung¹. Während der Bauzeit obliegt es dem Besteller, die verschiedenen Unternehmer zu koordinieren sowie wichtige Anordnungen für den Gesamtbetrieb auf der Baustelle zu treffen². Nach dem Leitbild der §§ 631 ff arbeiten Besteller und Unternehmer während der Bauerrichtungsphase, also über einen längeren Zeitraum, unter Bestehen gegenseitiger Rechte und Pflichten eng zusammen. Dieses intensive Engagement will der Erwerber von Wohnungseigentum regelmäßig nicht; das gilt insbesondere, wenn die Wohnung nur als Kapitalanlage erworben wird.

Aber selbst wenn der Erwerber bereit ist, persönlich die Bestellerfunktion zu übernehmen, ergeben sich Schwierigkeiten, die üblicherweise beim Werkvertrag über die Erstellung eines Einfamilienhauses nicht entstehen: Der Bauunternehmer erhält den Auftrag, ein - bautechnisch gesehen - einheitliches Haus oder ein Gewerk als Teil dessen zu erstellen. Während dieser Leistung beim Einfamilienhausbau ein deckungsgleiches Bestellerinteresse gegenübersteht, hat hier der einzelne Erwerber ersichtlich nur ein Interesse an der Er-

1) RGRK-Glanzzmann, § 631 Rdn 67, Rdn 94

2) RGRK-Glanzzmann, § 631 Rdn 92; BGH NJW 1972, 447; eingehend hierzu vgl. Nicklisch BB 1979, 533

richtung seines Wohnungseigentums. Diese Einzelinteressen der Erwerber müssen dem Unternehmer gegenüber koordiniert wahrgenommen werden. Darüber hinaus erweist sich die Bündelung der Interessen auch als zweckmäßig für die übrigen, neben Bauplanung, -leitung, -aufsicht erforderlichen werdenden Maßnahmen, insbesondere also für die Beschaffung des Grundstücks und die Sicherstellung der Finanzierung, eventuell sogar für die spätere Vermietung. Wenn so verfahren wird, ist der einzelne Erwerber von sämtlichen Bestellerfunktionen, die sonst mit der Bauwerkherstellung verbunden sind, entlastet. Er hat sich nicht stärker als ein Käufer zu engagieren. Der Unternehmer dagegen hat dann rein tatsächlich keinen Kontakt mit dem einzelnen Erwerber; er wickelt den Werkvertrag mit dem "Kordinator" ab. Dessen Einschaltung verhindert also, daß es wegen nicht deckungsgleicher Interessen von Erwerbern und Unternehmer zu Kollisionen kommt.

Die tatsächliche Wahrnehmung aller Bestellerfunktionen wird heute überwiegend als *B a u b e t r e u u n g* bezeichnet.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß mit der Einschaltung eines Baubetreuers rein tatsächlich immer im wesentlichen dasselbe verfolgt wird. Der künftige Erwerber soll sich bei der Bauerrichtung nur finanzierend beteiligen. Von allem anderen wird er entlastet. Insofern mag der einheitliche Begriff gerechtfertigt sein. Er darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Aufgabe rechtlich mit sehr unterschiedlichen Mitteln erledigt werden kann. Insbesondere sagt er noch nichts darüber aus, wer Vertragspartner des Unternehmers wird. Da dies aber für die Rechtsstellung des Unternehmers ersichtlich von grundlegender Bedeutung ist, soll zunächst untersucht werden, welche rechtlichen Unterscheidungen bei der Baubetreuung im einzelnen zu machen sind.

B. Ausgestaltungsmöglichkeiten bei der Baubetreuung

Nach anfänglich unübersehbaren Vertragsbezeichnungen in der Praxis¹ besteht heute wohl Einigkeit darüber, daß zwei große Kategorien zu unterscheiden sind:

(1) Die Baubetreuung im weiteren Sinn; auch: "Bauträgerschaft"².

(2) Die Baubetreuung im engeren Sinn; auch: (bei bestimmter steuerlich motivierter Ausgestaltung): "Bauherrenmodell" oder "Kölner Modell"^{2,3}.

Von diesen beiden Möglichkeiten wird unterschieden:

(3) Das "Hamburger Modell": Die Erwerber von Wohnungseigentum schließen sich zu einer KG zusammen, die das Grundstück erwirbt und die Bauverträge schließt. Die Wohnungen werden - zunächst gesichert durch eine Option - von den Erwerbern später aufgrund der Auseinandersetzung der KG erworben³.

(4) Das "Mietkaufmodell": Es basiert auf dem "Hamburger Modell" und gestaltet es für den Erwerb von Einfamilienhäusern näher aus³.

1) Koeble, NJW 1974, 721: "babylonische Sprachverwirrung"; vgl. auch den Sachverhalt in BGH NJW 1978, 1054: "Hausauftrag"; weitere Beispiele bei Pfeiffer, NJW 1974, 1449, 1450

2) zu der Einteilung (1) und (2) vgl. Locher, Baubetreuungsrecht, S. 5 ff; Locher, NJW 1967, 326; Deckert, S. 67 ff mwN; vgl. zu (2) ferner Maser, NJW 1980, 961

3) zu der Einteilung (2), (3), (4) vgl. Brych, Reithmann-Brych-Manhart, S. 100-103 mwN
vgl. weiter Gerbig DStR 1980, 648; Heymann BB 1980, Beil. 12

Das "Hamburger Modell" ist hinsichtlich der Parteien des Werkvertrages eindeutig. Partei wird die KG. Es soll daher hier ebenso wie das "Mietkaufmodell", das sich auf Einfamilienhäuser bezieht, nicht weiter behandelt werden.

I. Literaturübersicht

1. Abgrenzung der Baubetreuungsfälle voneinander und zu ähnlichen Vertragstypen

Die verschiedenen Auffassungen zur Frage, was unter Baubetreuung im engeren und im weiteren Sinn zu verstehen ist, lassen sich zu zwei Gruppen zusammenfassen:

Die einen meinen, entscheidend seien die Eigentumsverhältnisse am Grundstück: Der Baubetreuer im weiteren Sinn errichte das Gebäude auf seinem eigenen Grundstück. Der Baubetreuer im engeren Sinn baue auf dem Grundstück der Erwerber.

Die gegenteilige Auffassung knüpft an die Handlungsform des Betreuers bei der Bauerrichtung an: Der Baubetreuer im weiteren Sinn baue im eigenen Namen, der Baubetreuer im engeren Sinn im Namen der Erwerber.

a) Das Abgrenzungsmerkmal "Eigentumsverhältnisse"

Die Abgrenzung der Baubetreuungsfälle voneinander anhand der Eigentumsverhältnisse am Grundstück geht zurück auf Locher¹.

1) Locher, Baubetreuungsrecht, S. 3, 13 ff; Locher, Baurecht, Rdn 405; Locher, NJW 1967, 326 ff; so auch Palandt-Thomas, § 675, Anm. 3 c; einschränkend jetzt Locher-Koeble Rdn 13

(1) Bei der Baubetreuung im weiteren Sinn errichte der Betreuer das Haus auf eigenem Grundstück und verschaffe es mit diesem zusammen dem Erwerber.

(2) Bei der Baubetreuung im engeren Sinn stehe das Grundstück im Eigentum des Betreuten (Erwerbers). Auf diesem errichte der Betreuer für den Betreuten das Haus. Je nach Umfang der übernommenen Verpflichtungen liege Vollbetreuung (wirtschaftlicher und technischer Teil) oder Teilbetreuung (nur wirtschaftlicher Teil) vor. Die Vergütung könne im Wege des Aufwendungsersatzes, aber auch über eine Festpreisabrede erfolgen¹. Diesen Differenzierungen folgen auch Glanzmann und Steffen^{2, 3}. Sie unterscheiden den Baubetreuungsvertrag im engeren Sinn jedoch noch weiter nach Grundstückserwerb und Bauerrichtung: Der Betreuer könne sich selbständig - außerhalb des Betreuungsvertrages - selbst zur Übergabe des Grundstücks und zur Übereignung verpflichten. Er könne aber auch innerhalb des Betreuungsvertrages mit der Beschaffung des Grundstücks befaßt sein, wobei er entweder als Stellvertreter für den Erwerber handle oder als Treuhänder das Grundstück zunächst im eigenem Namen erwerbe. In letzterem Fall folge die Pflicht zur Übereignung des Grundstücks an die Erwerber aus § 667³.

1) wie Locher insoweit auch: Brych, NJW 1974, 1973; Ingenstau-Korbion, VOB/A, Rdn 69 ff; Werner-Pastor, Rdn 312

2) RGRK-Glanzmann, § 631 Rdn. 49

3) RGRK-Steffen, § 675 Rdn 47, 60, 52. Unter Hinweis auf BGH LM, § 313 Nr. 40; BGH WM 1970, 988; BGH WM 1966, 342; BGH MDR 1967, 826 wird die Auffassung vertreten, ein solcher Baubetreuungsvertrag bedürfe nicht der Form des § 313. - Daran ist richtig, daß die h.M. § 667 nicht als rechtsgeschäftlich eingegangene, sondern als gesetzliche Übereignungspflicht versteht (vgl. Palandt-Heinrichs, § 313 Anm. 4 mwN). Es dürfte aber übersehen sein, daß nach der Neufassung des § 313 durch Gesetz vom 30.5.1973 auch die Pflicht zum Grundstückserwerb formbedürftig ist. Muß der Betreuer das Grundstück erst noch von einem Dritten erwerben, so macht jedenfalls dieser Umstand den Betreuungsvertrag formbedürftig.

(3) Gemeinsames Merkmal aller Baubetreuungsfälle ist nach dieser Auffassung, daß die Bauerrichtung für Rechnung des Betreuten erfolgt. Keine Baubetreuung, sondern reiner Kaufvertrag wird angenommen, wenn ein zunächst auf eigene Rechnung erstelltes Gebäude veräußert wird. Die Frage, in welchem Namen der Errichtende bei Abschluß der Bauverträge mit den Handwerkern handelt, ist dagegen weder für die Abgrenzung innerhalb der Baubetreuung noch für ihren Charakter gegenüber anderen Vertragstypen von Bedeutung: Nach Locher soll also auch dann noch Baubetreuung im engeren Sinne gegeben sein, wenn der Betreuer auf dem Grundstück der künftigen Wohnungseigentümer im eigenen Namen das Bauwerk errichtet¹.

(4) Von den Betreuungsfällen unterscheidet Locher Bauverträge über das Gesamtgebäude:

Der Generalunternehmer schulde gegenüber dem Besteller (= Bauherr) die Herstellung des Gebäudes, er erbringe die Leistungen jedoch - anders als der Betreuer - im wesentlichen selbst.

Der Generalübernehmer dagegen schulde zwar ebenfalls die Erstellung des Gebäudes, verbe die Durchführung der Leistungen jedoch im wesentlichen an Nachunternehmer.

Die Abgrenzung dieses Vertragstyps zu Baubetreuungsverträgen im engeren Sinne liege im folgenden: Bei Bautreuungsverträgen handle der Betreuer für Rechnung des Betreuten und schließe die Bauverträge in der Regel in fremdem Namen. Er schulde also die Vereinbarung der Erstellung mit Dritten, nicht die Erstellung selbst. Letzteres sei dagegen die Pflicht des Generalübernehmers. Die Abgrenzung zum Bauträger-

1) Locher, Baubetreuungsrecht, S. 13 f

vertrag sieht Locher in zwei Punkten: Das Grundstück stehe beim Bauvertrag nicht im Eigentum des Unternehmers, während der Betreuer (Bauträger) Grundstückseigentümer sei. Außerdem sei der Betreuer im Gegensatz zum Unternehmer "Bauherr"¹. Gleichzeitig räumt Locher jedoch selbst ein, das letztere Kriterium sei "vage". Der Begriff des Bauherrn komme aus dem öffentlichen Recht, was er zivilrechtlich bedeute, sei weder begrifflich klar umrissen noch gängig².

Im Gegensatz dazu will Glanzmann³ den Generalübernehmervertrag nicht streng von den Baubetreuungsverhältnissen trennen; nach ihm ist der Generalübernehmervertrag eine Kombination von Baubetreuung im engeren und im weiteren Sinne, hätte also Treuhandcharakter.

Ähnlich verfährt Brych mit dem Begriff "Generalunternehmer"⁴. Er bezeichnet so den Betreuer, der aufgrund einer Festpreisabrede für eigene Rechnung tätig wird.

b) Das Abgrenzungsmerkmal "Handeln in fremdem Namen"

Nicht die Eigentumsverhältnisse, sondern der offengelegte Fremdbezug des Handelns unterscheidet nach Wittchen⁵ die

1) Locher, Baubetreuungsrecht, S. 13 f

2) a.A. Mattern, WM 1972, 670 (dazu später noch genauer)

3) RGRK-Glanzmann, § 631 Rdn 174

4) Brych, NJW 1974, 1974

5) Wittchen, S. 3 ff; ähnlich jetzt Locher-Koeble, Rdn 13

Baubetreungsverhältnisse. Maßgeblich ist danach also die Art des Vertragsschlusses mit den Handwerkern. Der Baubetreuer im engeren Sinn handle als Vertreter der Erwerber ("Bauherren") im fremden Namen für fremde Rechnung. Der Baubetreuer im weiteren Sinn (Bauträger) trete dagegen gegenüber den Bauhandwerkern im eigenen Namen auf. Hinsichtlich seines Auftretens gegenüber den Erwerbern unterscheidet Wittchen drei Möglichkeiten:

(1) den Vorratsbau: Es wird ein Baukörper veräußert, der fertig ist und nicht bereits für konkrete Erwerber erstellt wurde;

(2) den Bestellbau: Dem Erwerber wird ein Gebäude schlüsselfertig verschafft, das nach den Plänen des Bestellers errichtet wurde;

(3) den Treuhandbau: Im Unterschied zum Bestellbau ist der Baubetreuer nur formalrechtlich Besteller gegenüber den Bauunternehmern. Er handelt im Innenverhältnis zu den Erwerbern als deren Treuhänder. Nach schlüsselfertiger Errichtung ist formalrechtlich zu übereignen. Wirtschaftlich gesehen sind die Erwerber bereits vorher Inhaber der Vermögenswerte.

2. Die rechtliche Einordnung der Baubetreuungsfälle

a) Die Baubetreuung im weiteren Sinn (Bauträgervertrag)

Die Rechtsnatur des Bauträgervertrages wird sehr unterschiedlich gesehen. Die Stellungnahmen in der Literatur reichen vom Kauf- über Werk- und Werklieferungsvertrag bis

zum Vertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter.

(1) Am weitesten geht eine von Brych¹ entwickelte Auffassung: Nach ihm ist jeder Bauträgervertrag ein Kaufvertrag gemäß § 433, der die Pflicht zur Übergabe und Übereignung des Grundstückes mit aufstehendem Gebäude (bei Wohnungseigentum: Übereignung des erstellten Wohnungseigentums) zum Gegenstand hat.

(2) Nach Korbion² sollen die Parteien dagegen wenigstens die Möglichkeit haben, diese Einordnung rechtsgeschäftlich zu gestalten. Kaufrecht soll danach auf den Bauträgervertrag anwendbar sein, wenn die Parteien es ausdrücklich vereinbaren.

(3) Die wohl herrschende Meinung lehnt auch dies ab. Nach ihr ist die Rechtsnatur des Bauträgervertrages objektiv zu bestimmen³.

Dabei wird wohl überwiegend vertreten, daß Kaufrecht anzunehmen ist, wenn das Gebäude zum Zeitpunkt des Vertragschlusses in allen wesentlichen Teilen fertig erstellt ist. In diesem Fall soll die "Herstellungspflicht absorbiert" werden und in eine bloße Verschaffungspflicht umschlagen⁴.

Nach Koeble soll dieser Zeitpunkt noch früher liegen: Kaufvertrag sei anzunehmen, wenn bei Vertragsschluß das Bauwerk

1) Brych, NJW 1973, 1583; NJW 1974, 1973; NJW 1975, 2326; Reithmann-Brych-Manhart, Rdn 26; ebenso Deckert, NJW 1975, 854

2) Ingenstau-Korbion, VOB/A, Anhang, Rdn 71 b

3) vgl. Locher, Baubetreuungsrecht, S. 12, 13

4) so Locher, Baubetreuungsrecht, S. 14; Locher, Baurecht, S. 199; vgl. weiter Palandt-Thomas, § 675, 3 c bb; Hochstein, BauR 1971, 73; Groß, BauR 1975, 13

so weit errichtet ist, daß der Wert der noch erforderlichen Herstellung gegenüber dem Wert des Grundstücks und dem des bereits fertig erstellten Bauteils zurücktritt¹. Soweit eine etwa bereits erfolgte Herstellung nicht zur Qualifizierung als Kaufvertrag führt, ordnet man den Bauträgervertrag überwiegend als Werklieferungsvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter ein. Hergestellt werde das einheitliche Werk "Grundstück mit Gebäude"². Auch insoweit soll sich aber aus dem unterschiedlichen zeitlichen Ablauf etwas anderes ergeben können. Werde nämlich das Grundstück schon vor Baubeginn übereignet, so entfalle die Notwendigkeit der in § 651 vorgesehenen Obereignungsverpflichtung (§ 946). Es liege ein reiner Werkvertrag vor³.

b) Der Baubetreuungsvertrag im engeren Sinn

Der Baubetreuungsvertrag im engeren Sinn wird in der Literatur überwiegend als Geschäftsbesorgungsvertrag angesehen; die für Gefahrtragung, Gewährleistung etc. wichtige Frage, ob es sich dabei um einen Dienst- oder Werkvertrag handelt, wird unterschiedlich beantwortet.

(1) Nach Locher⁴ ist jedenfalls bei Übernahme sämtlicher Betreuungsleistungen (technische und wirtschaftliche Betreu-

1) Koeble, NJW 1974, 724

2) Gläser, NJW 1975, 1006; Groß, BauR 1975, 12; Hochstein, BauR 1971, 1000; Koeble, NJW 1974, 721; Ingenstau-Korbion, Anhang, Rdn 71 b; Locher, Baubetreuungsrecht, S. 13; Locher, BauR, S. 406; Locher, NJW 1967, 326; RGRK-Glanzmann, § 671 Rdn 167; RGRK-Steffen, § 675 Rdn 49; Staudinger-Riedel, § 651 Rdn 6 b; Wittchen, S. 3 ff

3) Gläser, NJW 1975, 1006; Locher, Baubetreuungsrecht, S. 13

4) Locher, Baubetreuungsrecht, S. 11 mwN

ung) ein Werkvertrag gegeben. Anwendbar sind daher die §§ 631 ff und die Vorschriften des Auftragsrechts, auf die § 675 verweist. Begründet wird dies mit der nach dem Gesamtleistungsbild im Vordergrund stehenden technischen Betreuung. Da diese zumindest ebensoweit gehe wie die Planungsleistung des Architekten, müsse der Baubetreuungsvertrag - ebenso wie der Architektenvertrag - insgesamt als auf die Herbeiführung eines Erfolges gerichtet angesehen werden. Im wirtschaftlichen Bereich zu erbringende Dienstleistungen seien demgegenüber "dienend" und beeinflussten den rechtlichen Charakter des Vertrages nicht¹. Dem folgt insoweit auch Thomas²; bei Übernahme sämtlicher Betreuungsleistungen liege Werkvertrag vor. Werde dagegen nur organisatorische und wirtschaftliche Planung geschuldet, so handle es sich um einen Dienstvertrag. Verpflichtete sich der Betreuer zur Bauerrichtung zum Festpreis, so liege kein Geschäftsbesorgungs-, sondern ein reiner Werkvertrag vor³.

(2) Andere Schwerpunkte setzen dagegen Steffen⁴ und Korbion⁵. Sie messen der Geschäftsbesorgung des Baubetreuers "überwiegend dienstvertraglichen Charakter"⁶ bei. Steffen⁷ will aber ergänzend das Werkvertragsrecht heranziehen, "je nach-

1) Locher, NJW 1967, 326, 327 mwN; so jetzt auch Locher-Koeble, Rdn 19, 166 ff

2) Palandt-Thomas, § 675, 3 c aa

3) so Palandt-Thomas, a.a.O., mit Hinweis auf BGH NJW 1975, 869. Diese Entscheidung betrifft jedoch kein Baubetreuungsverhältnis im engeren Sinn; so BGH a.a.O. ausdrücklich

4) RGRK-Steffen, § 675 Rdn 32

5) Ingenstau-Korbion, Anhang, Rdn 7o b

6) Korbion, a.a.O.

7) Steffen, a.a.O.

dem, wie stark dieser gewünschte Erfolg (Errichtung des Bauwerks) in dem Vertrag seinen Niederschlag gefunden hat".

(3) Noch anders Deckert¹: Er sieht in der Baubetreuung im engeren Sinn einen "Werkvertrag mit Dienst- und Geschäftsbesorgungselementen".

II. Die Rechtsprechung

Auch die Rechtsprechung geht von der Zweiteilung des Baubetreuungsrechts aus. Zunächst wurde das mit "Baubetreuung im engeren Sinne" und "Baubetreuung im weiteren Sinne" gekennzeichnet². In letzter Zeit setzt sich im Anschluß an Formulierungen in der Makler- und Bauträgerverordnung das Begriffspaar "Baubetreuer" - "Bauträger" durch³.

1. Die Baubetreuung (im engeren Sinn)

a) Rechtsnatur; Haftung bei Verletzung der Leistungspflichten

Die Rechtsprechung geht davon aus, daß die Baubetreuung⁴ durch das Handeln des Betreuers im Namen der Erwerber ge-

1) Deckert, Baumängel, S. 67

2) vgl. z. B. OLG Hamm, NJW 1969, 1439, 1440 mwN; auch noch BGH NJW 1975, 839

3) vgl. zu diesen Begriffen Brandt, BauR 1976, 21; Marcks, DNotZ 1975, 389; kritisch: Locher, NJW 1975, 98, der darauf hinweist, daß die Begriffe in der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) ohne weitere Definition und auch nur in den Überschriften verwandt werden; der Text dagegen spricht von "Gewerbetreibenden" und "Auftraggebern"; vgl. weiter: Locher, NJW 1976, 607 sowie Schmidt, BB 1975, 203; Schmidt, BB 1975, 995; Ingenstau-Korbion, VOB/A, Anhang, Rdn 71

4) Verwendung dieses Begriffes in: BGHZ 67, 335; BGHZ 70, 1977, 294; BGH NJW 1979, 2102 = WM 1979, 1000

kennzeichnet wird¹. Der Betreuer erhalte die Vergütung nicht für die Erstellung des Hauses selbst, sondern für die Betreuertätigkeit, die in der Vermittlung der Bauleistungen liege.

Die Rechtsprechung² versteht die Baubetreuungstätigkeit als Geschäftsbesorgung iSd § 675³. Ob es sich um einen Dienst- oder Werkvertrag handelt, hängt nach Auffassung des OLG Hamm⁴ vom Umfang der Betreuungspflichten ab: Die Übernahme nur wirtschaftlicher Betreuung sei Dienst-, die Übernahme aller Betreuungsleistungen Werkvertrag⁵.

Der BGH hat zu dieser Frage noch nicht umfassend entschieden. Ein Teilaspekt ergibt sich aber aus der Entscheidung vom 22.12.1977⁶. Dort hatte ein Baubetreuer die Errichtung eines schlüsselfertigen Hauses auf dem Grundstück des Erwerbers übernommen. Die dazu erforderlichen Bauverträge hatte er im Namen des Erwerbers abzuschließen. Der BGH hat die Vereinbarung dahingehend ausgelegt, daß der Betreuer die Planung und Bauaufsicht als eigene Leistung schuldet: der Betreuer habe

1) vgl. auch BGH NJW 1980, 992, 993

2) BGH NJW 1975, 869

3) BGH WM 1969, 96; BGH WM 1967, 1037; BGH WM 1965, 674, 677

4) OLG Hamm, NJW 1969, 1430, 1431

5) so muß wohl der etwas mißverständliche Wortlaut der Entscheidung verstanden werden: "Nur bei einer solchen Betreuung im engeren Sinn liegt, je nachdem, ob die technische oder die wirtschaftliche Betreuung im Vordergrund steht, ein Dienst- oder Werkvertrag vor, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat."

6) BGHZ 70, 187

für die vertragsgerechte Errichtung des Bauwerkes zu sorgen. Daraus wird zu folgern sein, daß der Betreuer, der die Vollbetreuung übernommen hat, für den Eintritt eines von ihm herbeizuführenden Erfolges haftet. Es liegt also ein Werkvertrag gemäß § 631 vor. Das bedeutet aber nicht, daß der Betreuer das fertige Haus, also ein körperliches Werk gemäß § 631 Abs. 2 1. Alt. schuldet. BGH a.a.O.: (Der Baubetreuer) "hatte für die vertragsgerechte Errichtung des Bauwerkes zu sorgen" (S. 190) ... "schuldete mithin Bauplanung und Bauaufsicht". Der Betreuer hat daher ein Werk nach § 631 Abs. 2 2. Alt. zu erbringen: der "durch Dienstleistung herbeizuführende Erfolg" ist die plangerechte und mangelfreie Erstellung des Bauwerkes¹.

Für die Haftung gegenüber den Erwerbern ergibt sich nach dieser Rechtsprechung folgendes:

(1) Bei Zusammentreffen von Mängeln bei der Bauausführung und Bauaufsicht haften Unternehmer und Betreuer gesamtschuldnerisch².

(2) Liegt dagegen ein Planungsfehler des Betreuers vor und hat der Unternehmer diesen realisiert, obwohl er ihn hätte erkennen können, so ist dem Erwerber das Verschulden des Betreuers gemäß § 254 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 iVm § 278 zuzurechnen. Diese Ergebnisse entsprechen der ständigen Rechtsprechung zum Verhältnis der Haftung von Architekt und Bauunternehmer zueinander³.

1) so für das vergleichbare Problem beim Architektenvertrag BGHZ 31, 224; BGHZ 45, 223; BGH NJW 1974, 898; OLG Celle, NJW 1970, 1191; Locher, NJW 1967, 326; a.A. Tempel, JuS 1964, 366, der einen Typenkombinationsvertrag annimmt

2) BGHZ 70, 187

3) vgl. dazu BGHZ 58, 216 = NJW 1972, 942; Ingenstau-Korbion, VOB/B, § 13 Rdn 7, 9

(3) Welche Folgerungen der BGH bei Fehlern in der wirtschaftlichen Betreuung ziehen wird, kann noch nicht als entschieden angesehen werden. Es lag gerade in letzter Zeit ein solcher Fall zur Entscheidung an: Der Sachverhalt des Urteils vom 26.4.1979¹ hatte zum Gegenstand, daß der Baubetreuer es unterlassen hatte, einen Antrag auf Gewährung eines Aufwendungsdarlehns aus öffentlichen Mitteln zu stellen. Der BGH hat das vorinstanzliche Urteil wegen Beanstandungen bei der Schadensprüfung aufgehoben und den Rechtsstreit zurückverwiesen. Wie die Anspruchsvoraussetzungen zu beurteilen waren, ergibt sich nicht. Knüpft man an die Erwägungen aus der Entscheidung vom 22.12.1977² an, so ergeben sich folgende Möglichkeiten:

(a) Schuldete der Betreuer volle Betreuung, so kann man - wie etwa Locher - der wirtschaftlichen Betreuung nur "dienende Funktion" beimessen und deshalb auf die gesamten Leistungen einheitlich das Werkvertragsrecht anwenden. Anspruchsgrundlage ist dann § 635.

(b) Sieht man dagegen bei der Vollbetreuung den wirtschaftlichen und den technischen Teil getrennt oder liegt ohnehin nur ein Fall der Teilbetreuung vor, so kommt es auf die rechtliche Qualifizierung dieser Leistung selbst an.

(aa) Handelt es sich um bloße Dienstleistungen, so gelten in Ermangelung spezieller Vorschriften in den §§ 611 ff die Grundsätze der positiven Vertragsverletzung.

1) BGH NJW 1979, 1494

2) BGHZ 70, 87

(bb) Schuldet der Betreuer dagegen auch insoweit einen durch Tätigkeit herbeizuführenden Erfolg, so ist auch hier § 635 Anspruchsgrundlage. Wie sich die Rechtsprechung des BGH zwischen diesen Möglichkeiten entscheidet, bleibt abzuwarten.¹

b. Abgrenzung zwischen Baubetreuung und Bauträgerschaft,
insbesondere bei Festpreisgarantie des Betreuers

Verschiedentlich hatte sich die Rechtsprechung mit der Frage zu befassen, ob Baubetreuung im engeren Sinne auch dann noch angenommen werden kann, wenn praktisch ausschließlich der Betreuer Einfluß auf Baugestaltung und Abrechnung vornimmt, insbesondere mit dem Bewerber über einen Festpreis abrechnet.

(1) Der Anfang in der Diskussion dieser Frage kann in dem Urteil des OLG Stuttgart vom 24.7.1970¹ gesehen werden. Dort hatte ein Betreuungsunternehmen für mehrere Interessenten die Errichtung von Doppelwohnhäusern zu einem Festpreis übernommen und - wie im Wortlaut des Betreuungsvertrages vorgesehen - die Bauverträge mit den Handwerkern im Namen der künftigen Erwerber abgeschlossen. Das OLG Stuttgart hat trotz des eindeutigen Wortlauts im Betreuungsvertrag das Bestehen einer Vollmacht abgelehnt; der Vertrag sei lediglich zur Erreichung von steuerlichen Zielen so formuliert; wirklich gewollt sei etwas anderes, nämlich ein Vertrag, in dem sich die Betreuungsgesellschaft selbst zur Herstellung des Bauwerkes verpflichtet habe. Eine Vollmacht bestehe daher trotz eines entsprechenden Vertragswortlautes nicht².

1) 2 U 59/69 (unveröffentlicht), mitgeteilt bei Pfeiffer, NJW 1974, 1449

2) im Ergebnis zustimmend Pfeiffer, a.a.O.; Brych, NJW 1974, 1976; ablehnend Locher, Baubetreuungsrecht, S. 20

(2) Der BGH ist dem im Urteil vom 18.11.1976¹ nicht gefolgt. Der zu entscheidende Sachverhalt lag sehr ähnlich: Drei Erwerber hatten ein Betreuungsunternehmen mit der Erstellung eines "wohnblockartigen Mehrfamilienhauses", in dem offensichtlich jede Partei einen abgetrennten Teil erwerben sollte, betraut. Auch hier war die Verpflichtung des Betreuers, die Verträge in fremdem Namen als Stellvertreter der Erwerber zu schließen, ausdrücklich im Betreuungsvertrag vorgesehen; ebenfalls war ein Festpreis vereinbart. Der BGH hat einer Klage des Handwerkers auf Zahlung gegen die Erwerber stattgegeben, obwohl diese bereits an den - danach - in Konkurs gefallenen Betreuer gezahlt hatten: Die Motivation, steuerliche Vorteile zu erreichen, spreche gerade für den Wortlaut des Vertrages. Diese seien nämlich nur möglich, wenn die Vollmacht auch wirklich gewollt sei. Die Erwerber hätten sich eben für steuerliche Vorteile und gegen Vermeidung zivilrechtlicher Gefahren entschieden. Damit stehe auch die Vereinbarung eines Festpreises nicht in unlösbarem Widerspruch: Es handele sich eben nicht um die Vergütung für das Bauwerk selbst, sondern sie lasse sich "zwanglos als Preisgarantie deuten, die den Betreuer verpflichtet, den Bauherrn von den über den Festpreis hinausgehenden Forderungen der Bauhandwerker freizustellen"².

(3) Dem folgen ein Jahr später zwei andere Gerichte nicht³.

(a) Das LG Arnsberg setzt sich in seinem Urteil vom 18.12.1977⁴ ausführlich mit der BGH-Entscheidung auseinander und entschei-

1) NJW 1977, 294

2) BGH a.a.O., S. 295 mwN

3) weitere unveröffentlichte Entscheidungen werden (ohne Quellennachweis) erwähnt bei Maser, NJW 1980, 961, 966

4) NJW 1978, 1588; ablehnend Anm. Crezelius, NJW 1978, 2159

det bei einem vergleichbar liegenden Sachverhalt anders: Der Baubetreuer handele entgegen dem Wortlaut des Bauvertrages in eigenem Namen und habe auch - entgegen dem Wortlaut des Baubetreuungsvertrages - keine Vollmacht. Die Erklärung, das Bauwerk solle zum Festpreis erstellt werden, stehe im Widerspruch zur Annahme einer bloßen Vertreterstellung und überwiege gegenüber letzteren. Auch aus der Sicht des Bauhandwerkers ergebe sich nichts anderes: dessen erkennbares Interesse gehe dahin, nur mit einem Vertragspartner abzuwickeln und nicht mit einer Vielzahl von Wohnungseigentümern. Dies gelte insbesondere für den Bereich der Gewährleistung. Daß der Betreuer und nicht jeder Erwerber einzelnen Vertragspartner werden wolle, zeige sich auch an Preisstellung und Abrechnung: Eine Aufteilung der Pauschalpreise auf die einzelnen Erwerber sei aus der Sicht des Handwerkers praktisch unmöglich.

(b) Auch das - nicht rechtskräftig gewordene - Urteil des OLG Düsseldorf vom 28.12.1977¹ lehnt in einem Baubetreuungsfall entgegen dem Wortlaut der Verträge eine Vertreterstellung des Baubetreuers ab und kommt so zur Annahme einer Baubetreuung im weiteren Sinn. Das Ergebnis wird jedoch nicht mit einer Ablehnung des BGH-Urteils, sondern mit einer Abgrenzung der hier und dort zur Entscheidung stehenden Sachverhalte voneinander begründet. Zum einen war der Wortlaut der Gesamtabrede nicht eindeutig. Der Bauvertrag war zwar im Namen der Erwerber geschlossen, der Baubetreuer hatte aber einen zugehörigen Schiedsgerichtsvertrag im eigenen Namen geschlossen. Weiter erfolgte die Abrechnung der Abschlagsforderungen einheitlich mit Rechnungen lautend auf die Bauherrengemeinschaft. OLG Düsseldorf a.a.O.: "Keiner

1) DB 1978, 583

der Bauherren konnte irgendeiner Rechnung der Klägerin entnehmen, inwieweit er etwa verpflichtet sein sollte ... so rechnet man in der Regel nicht gegenüber dem Vertragspartner ab. Die Abrechnungsweise ... paßt vielmehr am besten zu einer Auslegung des Vertrages, bei welcher ... die Forderungsbeträge für die Bauherren eben nicht interessant waren". Den wohl größten Unterschied zum Urteil des LG Arnsberg weist die Begründung auf, wenn sie auf die steuerrechtlichen Ziele der Vertragsgestaltung eingeht. Die Wahl günstiger steuerrechtlicher Wirkungen bringe mit sich, daß die damit verbundenen zivilrechtlichen Wirkungen ebenfalls mitgewollt seien. Für den zu entscheidenden Fall spreche aus dieser Voraussetzung aber ein Argument gegen die Vertreterstellung: Die Vertragsgestaltung sei so vorgenommen, daß die mit dem Bauherrenmodell verfolgten steuerlichen Ziele nicht erreicht würden. Dann aber, so das OLG Düsseldorf, durften die "Bauherren" auch die zivilrechtlichen Nachteile nicht treffen: "Das trifft aber nicht zu, wenn die zivilrechtliche Gestaltung auf der einen Seite ein besonders großes wirtschaftliches Risiko mit sich bringt, auf der anderen Seite aber nicht sicher eine Voraussetzung für den Steuervorteil schafft. So ist es hier."

Weiter stellt das Urteil des OLG Düsseldorf darauf ab, welchen Umfang das Bauvorhaben und wieviele Erwerber sich beteiligt haben. Im Falle der BGH-Entscheidung seien nur drei Bauherren beteiligt gewesen; in dem hier zu entscheidenden Fall seien es aber über 100. Man könne nicht annehmen, daß der Handwerker tatsächlich mit jedem einzeln abrechnen wolle.

(4) Auf die Rechtsprechung des BGH sind beide Urteile ohne Einfluß geblieben.

(a) In einer Entscheidung des BGH vom 18.6.1979¹ lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem 25 Bewerber beteiligt waren. Im Vertrag war wieder vom Wortlaut her Stellvertretung vorgesehen. Der BGH hat die Frage, ob dies wörtlich genommen werden darf, überhaupt nicht erörtert, sondern hat eine wirksame Stellvertretung vorausgesetzt.

(b) Mit seiner Entscheidung vom 17.1.1980 hat der BGH jetzt das Urteil des OLG Düsseldorf vom 28.12.1977 aufgehoben. Er hat ausdrücklich festgestellt, daß seine mit der Entscheidung vom 18.11.1976 aufgestellten Grundsätze auch auf Bauherrengemeinschaften mit großer Personenzahl anwendbar sei: "Je größer die Zahl der Beteiligten ist, desto schwieriger wird es zwar für sie, das vorgesehene Bauvorhaben gemeinschaftlich ohne fremde Hilfe zu verwirklichen. Das bedeutet aber nur, daß dann die Vereinigung aller den Bauherren obliegenden Aufgaben in einer Hand unumgänglich erscheint. Diese Funktion kann und soll aber gerade der Baubetreuer übernehmen ... Umfangreiche und komplizierte Bauvorhaben zur Errichtung von Wohnungs- und Teileigentum mögen besonders gearteter Betreuung bedürfen. Gleichwohl können sie von den Erwerbern der Raumeinheiten als Bauherrengemeinschaft und müssen nicht zwangsläufig von einem Bauträger errichtet werden ..."². Auf diese Entscheidung und ihre weitere Begründung wird im einzelnen noch zurückzukommen sein.

1) NJW 1979, 2101

2) BGH NJW 1980, 992

2. Der Bauträgervertrag

- a) Die Rechtsnatur des Bauträgervertrages; Formbedürftigkeit des Vertrages; Haftung bei der Verletzung von Leistungspflichten

Bauträgerschaft wird angenommen beim Erwerb eines Grundstücks mit einem vom Veräußerer darauf zu errichtenden Bauwerk (einschließlich Eigentumswohnung)¹. Insbesondere neuere Entscheidungen gehen dabei nicht vom Begriff der Bauträgerschaft oder Baubetreuung aus; teilweise wird er überhaupt nicht erwähnt. An die Stelle einer solchen Begriffsbildung tritt die Umschreibung des jeweils vorliegenden Vertrages: "Eine Vereinbarung, wonach der Veräußerer auf seinem Grundstück ein Gebäude errichtet und das bebaute Grundstück dem Erwerber sodann übereignen soll ..."².

(1) Herstellungs- und Obereignungspflicht ergeben sich aus einem einheitlichen Vertrag. Diese Voraussetzung hat sich insbesondere in der Rechtsprechung zur Formbedürftigkeit des Vertrages nachhaltig ausgewirkt: Auch die Herstellungspflicht des Bauträgers unterliegt dem Formzwang des § 313. Praktisch bedeutet dies, daß Baubeschreibungen und Leistungsverzeichnisse zu beurkunden sind und die Baupläne zu Anlagen des notariellen Protokolls zu machen sind³.

1) so etwa BGHZ 72, 389 = NJW 1978, 1375; BGHZ 70, 193 = BB 1978, 220

2) so BGHZ 72, 229 = NJW 1979, 156

3) so unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung BGH NJW 1977, 2072 = WM 1977, 1144; BGH NJW 1978, 102 = BGHZ 69, 266 = WM 1977, 1383; BGH NJW 1979, 1495, 1496; BGH NJW 1979, 1498; BGH NJW 1979, 1984; vgl. auch in letzter Zeit zu § 313 beim Bauträgervertrag: Volhard, NJW 1979, 1388; Lichtenberger, NJW 1979, 1857; Winkler, DNotZ 1979, 410

(2) Von seiner Rechtsnatur her wird der Vertrag als Werk-lieferungsvertrag, auf den "zum Teil Kaufrecht, zum Teil Werkvertragsrecht anzuwenden" ist, angesehen¹. Andere Entscheidungen formulieren jedoch etwas zurückhaltender. So ist der Vertrag nach einem Urteil vom 16.4.1973² ein Werk-lieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache, "jedenfalls soweit er die Errichtung des Hauses und sich wegen Mängel des Bauvorhabens ergebende Ansprüche betrifft". Wie der Vertrag im übrigen zu beurteilen ist, ergibt sich zumindest beiläufig aus dem Urteil vom 5.4.1979³, in dem es entscheidungserheblich um Mängel am Bauwerk und vertraglich vereinbarte Freizeichnungsklauseln geht: Der insgesamt einheitliche Vertrag sei "hinsichtlich des Grund und Bodens ein Kaufvertrag".

Gefolgert wird die rechtliche Einordnung ausschließlich mit Hilfe der Gesamtauslegung des Vertrages. Der Sinn und Zweck des Veräußerungsvertrages, seine wirtschaftliche Bedeutung und die Interessenlage der Parteien sind maßgeblich⁴. Die Bezeichnung des Vertrages durch die Parteien in der Überschrift oder die Bezeichnung der Parteien selbst (Urteil vom 5.4.1979: "Kaufvertrag", "Verkäufer", "Käufer") ist unerheblich.

Mit Urteil vom 10.5.1979⁵ wurde ein Fall entschieden, in dem der Vertrag zusätzlich zur Bezeichnung "Kaufvertrag" noch folgende Klausel enthielt: "Die Beteiligten sind sich

1) so BGH NJW 1979, 156 mwN

2) BGH NJW 1973, 1235, 1236 mit Anm. Weitnauer, JZ 1973, 736

3) BGH NJW 1979, 1406, 1407 = BGHZ 74, 205

4) BGH NJW 1979, 1406, 1407; BGH NJW 1973, 1235 = BGHZ 60, 362, 364

5) BGH NJW 1979, 2207, hier: 2209

darüber einig, daß dieser Vertrag kein Werk- oder Werklieferungsvertrag ist, so daß die §§ 631 ff keine Anwendung finden, und daß dieser Vertrag ein Kaufvertrag ist." Der BGH hat den Rechtscharakter des Vertrages auch hier objektiviert bestimmt und die Klausel für unwirksam erklärt. Dabei bezweifelt er bereits, ob es generell möglich sei, einen "eindeutigen Vertrag entgegen seinem klaren Inhalt ... in einen ganz anderen Vertragstypus umzuwandeln": Keinesfalls aber könne dies durch AGB erreicht werden. Eine solche Klausel halte der Inhaltskontrolle nicht stand. Die zu beurteilenden Verträge waren 1971 oder 1972 geschlossen worden, so daß die Inhaltskontrolle nach Treu und Glauben, § 242, vorgenommen wurde. Auf die Rechtslage nach dem AGBG übertragen kommt eine Anwendung des § 11 Ziff. 10 AGBG oder die Heranziehung des § 9 AGBG in Betracht. Am Ergebnis dürfte sich jedoch nichts ändern. Die Bestimmung des Rechtscharakters eines Vertrages durch AGBG liefe nämlich letztlich auf eine Verkürzung der Gewährleistungsrechte des Erwerbers und eine Abkürzung der Verjährungsfrist für eine Gewährleistung hinaus.

Den einheitlichen Charakter des Vertrages und den Vorrang der Herstellungs- vor der Übereignungspflicht betonen auch die Entscheidungen zur Verjährung der Bauträgervergütung. Der Anspruch wird jedenfalls dann, wenn Grundstücks- und Herstellungspreis nicht getrennt ausgeworfen sind, einheitlich über § 651 nach § 631 beurteilt. Für ihn gilt also insgesamt die Frist des § 196 Abs. 1 Nr. 1¹. Möglicherweise liegt damit

1) BGH NJW 1979, 2193 = BB 1979, 1474: betrifft: Erstellung eines Einfamilienhauses; BGHZ 72, 229 = NJW 1979, 156 = BB 1978, 1692: betrifft: Erstellung von Eigentumswohnungen; BGH NJW 1979, 1650: betrifft: Erstellung von Hotel-Appartements; vgl. weiter OLG Düsseldorf OLGZ 1977, 198; Palandt-Heinrichs, § 196 Anm. 8

eine im Vergleich zum Urteil vom 5.4.1979 und wohl auch zum Urteil vom 16.4.1973¹ unterschiedliche Auffassung vor: Vergütet wird nach § 631 das Werk. Bezieht man in die Vergütung den Betrag für das Grundstück ein, so wird damit zum Ausdruck gebracht, daß auch das Grundstück Bestandteil des Werkes ist. Der geschuldete Erfolg iSd §§ 651, 631 ist also „Haus mit Grundstück“. Wendet man dagegen auf die Veräußerung des Grundstücks das Kaufrecht an (so das Urteil vom 5.4.1979), so bleibt als Erfolg iSd § 631 nur das Gebäude selbst. Auch dann könnte der Vertrag hinsichtlich der Herstellung Werklieferungsvertrag sein, und zwar weil der Bauträger die Baumaterialien zur Verfügung stellt².

(3) Wohl am häufigsten hatte sich die Rechtsprechung mit der Haftung des Bauträgers für Baumängel zu befassen. Beurteilungsgrundlage ist nach gefestigter Rechtsprechung Werkvertragsrecht, §§ 633 ff, 638.

Da die Bauträgerverträge notariell geschlossen werden müssen, enthalten sie in aller Regel selbst ausführlich Bestimmungen über Gewährleistung und Vergütung. Die Anwendbarkeit der §§ 633 ff dient daher in erster Linie dazu, Maßstab für die Inhaltskontrolle der jeweiligen vertraglichen Regelungen zu sein. Der BGH hat in mehreren Entscheidungen ausgeführt, daß diese Klauseln trotz ihrer notariellen Form AGB sein können und auch wegen ihrer Mehrfachverwendung es regelmäßig sind³.

1) BGH NJW 1979, 1406, vgl. dazu S. 28; BGH NJW 1973, 1235, vgl. dazu S. 28

2) vgl. auch BGH NJW 1976, 1539: Der normale Bauvertrag ist nur deshalb Werkvertrag, weil der Besteller mit dem Grundstück die Hauptsache zur Verfügung stellt. Fehlt diese Voraussetzung und stellt der Unternehmer das Baumaterial, so ist der Bauvertrag Werklieferungsvertrag.

3) BGH NJW 1979, 2209; BGH NJW 1979, 1407; BGHZ 62, 251, 254; BGHZ 68, 372, 375 = NJW 1977, 1336; BGHZ 65, 359 = NJW 1976, 515; BGHZ 67, 101, 104 = NJW 1976, 1934; BGHZ 70, 193

Die Sachverhalte sämtlicher Entscheidungen haben sich vor Inkrafttreten des AGBG abgespielt. Die Urteile stützen sich daher bei der Inhaltskontrolle auf § 242 - Treu und Glauben. AGB-Qualität wird dabei den Bedingungen auch dann beigemessen, wenn keine der Vertragsparteien selbst sie vorher verwendet hat, sondern nur das Formblatt vom beurkundenden Notar stammt¹. Dies entspricht der herrschenden Meinung zu dem Merkmal "für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert" in § 1 AGBG². Die zur Inhaltskontrolle entwickelten Grundsätze lassen sich wie folgt zusammenfassen: Unwirksam ist die völlige Freizeichnung von Ansprüchen³ oder das Abhängigmachen der Bauträgerhaftung davon, daß dieser "mit zweifelsfrei begründeter Erfolgsaussicht" gegen den Bauhandwerker vorgehen kann⁴. Die Freizeichnung unter Abtretung der Ansprüche gegen die Bauhandwerker ist dagegen nur insoweit möglich, als sich der Erwerber an den abgetretenen Ansprüchen schadlos halten kann⁵. Nach Inkrafttreten des AGBG werden Klauseln dieser Art jedenfalls im nichtkaufmännischen Verkehr an § 11 Ziff. 1o AGBG zu messen sein. Die Vorschrift verbietet unter § 11 Ziff. 1o Buchst. a) das Abhängigmachen von Gewährleistungsansprüchen von der gerichtlichen Geltendmachung abgetretener Ansprüche. Welche Anforderungen nun an das Fehlschlagen der Schadloshaltung gestellt werden, bleibt abzuwarten.

1) BGH NJW 1979, 1406, 1408

2) vgl. etwa Heinrichs, NJW 1977, 1505

3) BGH NJW 1979, 1406, 1407 mwN

4) BGH NJW 1976, 1934

5) BGH NJW 1979, 2207, 2210 mwN

Die Verkürzung von Gewährleistungsfristen ist nach § 11 Ziff. 1o Buchst. f) unzulässig. Damit wird künftig die 5-jährige Frist des § 638 maßgebend. Eine Ausnahme ist nur durch Vereinbarung der VOB möglich, vgl. § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG. In welchem Umfang die VOB einbezogen werden muß (ganz, jedenfalls hinsichtlich des gesamten § 13 VOB/B, oder nur hinsichtlich der Zweijahresfrist - "Rosinentheorie"), ist in der Literatur streitig.⁴ Rechtsprechung des BGH liegt auch hierzu noch nicht vor.

b) Abgrenzung des Bauträgervertrages zum Wohnungskauf

Hinsichtlich der Sachverhalte, die dem Werkvertragsrecht zu unterstellen sind, ist die Rechtsprechung immer weiter gegangen:

Dem ersten Urteil vom 16.4.1973¹ lag ein Fall zugrunde, in dem das Gebäude bei Vertragsschluß überhaupt noch nicht erstellt war. Der BGH legt hier dar, die Beurteilung nach Werkvertragsrecht sei erforderlich, weil es für den Umfang der Herstellungsverpflichtung keinen Unterschied machen könne, ob das Grundstück vor oder nach Herstellung übereignet wurde².

Im Urteil vom 10.10.1974³ werden diese Ergebnisse erweitert auf einen Vertrag angewandt, der abgeschlossen wurde, als das Gebäude bereits teilweise fertig war. (Es fehlten noch umfangreiche Maler- und Sanitärinstallationsleistungen.)

1) BGH NJW 1973, 1235 = BGHZ 60, 362, 364

2) so wohl auch BGHZ 61, 369, 371, 373 = NJW 1974, 143

3) BGH NJW 1975, 47 = BGHZ 63, 96, 97

4) Münchener Kommentar-Kötz, § 11 AGBG Rdn 116

Dem folgt das Urteil vom 4.12.1975¹.

Mit Urteil vom 5.5.1977² hat der BGH die §§ 633 ff auch dann für anwendbar erklärt, wenn das Gebäude "ganz fertig" ist oder "nur noch unbedeutende Kleinigkeiten" fehlen. Diese Formulierung findet sich danach in allen weiteren Urteilen³. Begründet wird dies damit, daß es für die Interessenlage keine Rolle spiele, in welchem Umfange das Gebäude fertig sei⁴. Die Erstellungspflicht beziehe sich in jedem Fall auf das ganze Bauwerk⁵.

Mit dem Urteil vom 5.4.1979⁶ hat die Rechtsprechung noch einmal eine erhebliche Erweiterung erfahren. Dort hatten zwei Miteigentümer eines Grundstücks - offensichtlich Privatleute (möglicherweise Ehegatten) - ein Einfamilienhaus mit Schwimmbad und Einliegerwohnung erstellen lassen. Sie waren, noch bevor das Haus fertig war, eingezogen. Fünf Monate später - das Gebäude war immer noch nicht fertig und behördliche Abnahme noch nicht erfolgt - wurde der Grundbesitz mit den Gebäuden veräußert. Zu entscheiden war u. a., welche Gewährleistungsrechte den Erwerbern zustanden.

Der BGH hat auch diesen Fall den §§ 633 ff unterstellt. Es komme weder darauf an, ob das Gebäude für eigene oder fremde Rechnung erstellt worden sei, noch darauf, daß die Veräußerer nicht gewerbsmäßig Bauten errichteten, um sie zu veräußern. Unmaßgeblich sei auch, daß das Gebäude bereits bezogen gewesen sei. Entscheidungserheblich sei vielmehr, daß die Erwer-

1) BGH NJW 1976, 515

2) BGH NJW 1977, 1336

3) BGH NJW 1979, 156 = BGHZ 72, 229, 231; BGH NJW 1979, 1406; BGH NJW 1979, 2209

4) BGH NJW 1977, 1336, 1337

5) BGH NJW 1979, 2207, 2209

6) BGH NJW 1979, 1406

ber einen Neubau erhalten sollten, hinsichtlich dessen die Veräußerer die Fertigstellungsverpflichtung übernommen hätten.

Verallgemeinert man diese Entscheidung, so stellt der Bauträgervertrag jedenfalls hinsichtlich der Gewährleistung keinen separaten Vertragstyp dar. Er ist vielmehr Unterfall der Neubauveräußerung, bei der sich in Abkehr von §§ 459 ff die Gewährleistung nach Werkvertragsrecht richtet¹. Es hat einen sachlichen Grund, wenn der BGH in seinen neuesten Entscheidungen den Begriff "Bauträgervertrag" nicht mehr verwendet.

III. § 34 c GewO sowie die Makler- und Bauträgerverordnung

Bauträger- und Baubetreuungsrecht sind zwar, wie aufgezeigt, zivilrechtlich nicht näher ausgestaltet². Einige neuere öffentlich-rechtliche Vorschriften tragen dagegen dieser speziellen Unterscheidung im Baurecht bereits Rechnung. Zu nennen sind hier insbesondere das Steuerrecht (dazu noch später) und das Gewerberecht³. § 34 c Abs. 1 Nr. 2 GewO statuiert für bestimmte Tätigkeiten einen Erlaubnisvorbehalt: Der "Erlaubnis der zuständigen Behörde" bedarf, wer (bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen) "als Bauherr" oder "als Baubetreuer" Bau-

1) zustimmend zur Rechtsprechung: Schubert JR 1978, 109; Hiddemann, WM 1977, 1243; Riedler, DB 1976, 853, die jedoch alle nur den Bauträgervertrag behandeln und zum Teil ausdrücklich das auf Vorrat errichtete Haus anders behandelt wissen wollen (vgl. Schubert a.a.O.); ablehnend: generell: Brambring, NJW 1978, 779; speziell zum Urteil vom 5.4.1979 (NJW 1979, 1406): Peters, NJW 1979, 1820

2) ob sich eine solche Ausgestaltung empfiehlt, erörtert Röhl, NJW 1978, 1507

3) das Verbot der Koppelung von Grundstückskauf- und Architektenverträgen (Art 10 des Gesetzes vom 4.11.1978; BGBI. I, 1745) gilt dagegen für Baubetreuungsverträge nicht; vgl. Maser, NJW 1980, 961, 965

vorhaben vorbereitet oder durchführt. Für diese Tätigkeiten enthält die Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehns- und Anlagevermittler, Bauträger und Baubetreuer (Makler₁ und Bauträgerverordnung) eine Reihe von Verhaltenspflichten. Charakteristisch für die genannten Gewerbetreibenden ist, daß sie Vermögenswerte ihrer Auftraggeber verwenden oder verwalten. Die Sicherung dieser Werte ist das Ziel der Makler- und Bauträgerverordnung. Dazu werden die Gewerbetreibenden zur Sicherheitsleistung (§§ 2, 3) zur objektgebundenen Vermögensverwendung (§ 4), zur getrennten Vermögensverwaltung, Rechnungslegung, Buchführung und Information des Auftraggebers verpflichtet (§§ 6, 8, 10, 11)². Zur Beschreibung der betroffenen Personen verwendet der Text der Verordnung nur den Begriff des "Gewerbetreibenden", der dann durch einen Verweis auf die jeweilige Vorschrift der GewO näher konkretisiert wird. Die Kurzbezeichnung und die Überschriften der Verordnung verwenden dagegen die Begriffe "Bauträger" und "Baubetreuer".

1. Zivilrechtliche Auswirkung der Makler- und Bauträgerverordnung

Im Rahmen der hier anstehenden zivilrechtlichen Untersuchung ist den Begriffen in § 34 c GewO sowie der Makler- und Bauträgerverordnung aber nur dann nachzugehen, wenn diese Normen überhaupt in den Beziehungen der Vertragsparteien zueinander wirken.

1) die Verordnung trat am 18.5.1975 in Kraft und löste die Verordnung vom 20.6.1974 (Inkrafttreten am 1.9.1974) ab. Zu den Unterschieden der beiden Fassungen vgl. Locher, NJW 1976, 607 mwN

2) vgl. im einzelnen Locher, a.a.O.

Nach Hepp¹ ist dies generell zu verneinen. Dem freien selbstverantwortlichen Bürger könne der Gesetzgeber keinen Schutz aufzwingen, den dieser nicht wünsche. Der Verstoß gegen die Makler- und Bauträgerverordnung stelle zwar eine Ordnungswidrigkeit dar. Verstöße gegen gewerbepolizeiliche Vorschriften führten aber in der Regel nicht zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach § 134.

Dem ist nicht zuzustimmen. Allein aus dem Umstand, daß Verstöße gegen die Verordnung nicht straf-, sondern bußgeldbewehrt sind, läßt sich nichts ableiten. Gesetz iSd § 134 ist jede Rechtsnorm, vgl. Art 2 EGBGB, also auch eine Verordnung. Ob die Norm ein Verbot enthält, entscheidet sich nach ihrem konkreten Sinn und Zweck, keinesfalls muß es sich um ein strafbewehrtes Verbot handeln². Bei der Prüfung, ob ein Verbotsgesetz vorliegt, muß vielmehr unterschieden werden: Das Verbot muß sich gegen den Inhalt des Rechtsgeschäftes und dessen Rechtsfolgen richten (Inhaltsverbot). Ist dagegen nur ein mit dem Rechtsgeschäft verbundenes Verhalten verboten, so greift § 134 nur bei Vorliegen weiterer besonderer Umstände ein: Das Handlungsverbot muß entweder beide Parteien betreffen, oder bei Verbot gegenüber nur einer Partei muß das Rechtsgeschäft zu dem Verhalten verpflichten, das das Gesetz verhindern will³. Die Formulierung der einzelnen Verhaltenspflichten in der Verordnung deutet zunächst nur auf die Statuierung von Handlungsverboten hin: Dem Gewerbetreibenden wird im einzelnen vorgeschrieben, wie er sich bei Ausübung seines Gewerbes zu verhalten hat; er "hat

1) Hepp, NJW 1977, 617

2) vgl. etwa den Katalog der Verbotsgesetze bei Palandt-Heinrichs, § 134, 3 a

3) vgl. Flume, § 17, 4; Staudinger-Coing, § 134 Rdn 12; Larenz AT, § 22 II

Sicherheiten zu leisten" (§ 2); er hat die übernommenen Vermögenswerte "getrennt zu verwalten" (§ 6) etc. Da sich die Vorschriften nur an den Auftragnehmer und nicht an den Auftraggeber wenden, scheint es sich um einseitige Pflichtenauferlegung zu handeln, was zum Nichtvorliegen des § 134 führen könnte.

Dagegen spricht jedoch der § 12 der Verordnung. Danach dürfen die dem Auftragnehmer nach § 2 bis § 8 obliegenden Verpflichtungen vertraglich nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden. Dies zeigt, daß der Verordnungsgeber nicht nur auf das tatsächliche Verhalten der Makler und Bauträger etc. einwirken wollte, sondern daß es besonders Sinn der Verordnung ist, daß mit ihr konforme Verträge abgeschlossen werden. Dem entspricht es aber nicht, von der Verordnung abweichende Verträge als wirksam anzusehen und nur eine Ordnungswidrigkeit anzunehmen. Vielmehr muß jedenfalls eine vertragliche Bestimmung, die dem Inhalt der Verordnung ausdrücklich widerspricht, wegen Verstoßes gegen § 134 iVm der Verordnung unwirksam sein¹. Fälle dieser Art werden jedoch nur selten vorkommen. In aller Regel wird der Verstoß gegen die Makler- und Bauträgerverordnung darin bestehen, daß dort geregelte Verpflichtungen im Vertrag überhaupt nicht angesprochen sind, beispielsweise daß Vorschriften über die Sicherheitsleistung, Vermögensverwaltung, Rechnungslegung etc. völlig fehlen. Man könnte meinen, in diesen Fällen wirke sich die Verordnung als Verbots-gesetz derart aus, daß der gesamte Vertrag unwirksam sei. Ob damit aber dem Normzweck der Verordnung Rechnung getragen wird, erscheint zweifelhaft; gerade in Zeiten der Bauhochkonjunktur und ständig steigender Baupreise könnte sich die Nichtigkeit des Vertrages zum Nachteil des Auftraggebers auswirken. Der Bauträger oder Baubetreuer könnte ihn so faktisch

1) so auch Kanzleiter, DNotZ 1974, 556; Marcks, DNotZ 1974, 542; Schmidt, BB 1975, 206

zwingen; nachträglich beim Abschluß eines neuen, verordnungskonformen Vertrages einen höheren Preis zu zahlen. Wie verbraucherfeindlich die unvermutet sich herausstellende Nichtigkeit eines Bauvertrages sein kann, hat die Praxis einiger Unternehmen nach Änderung der Rechtsprechung zu § 313 beim Bauträgervertrag gezeigt¹. Eine Gesamtnichtigkeit des Vertrages scheidet daher aus². Dem Normzweck der Verordnung entspricht es aber auch in solchen Fällen, ihre Pflichten nicht nur öffentlich-, sondern auch zivilrechtlich aufzufassen: Sie obliegen dem Bauträger oder Baubetreuer auch unmittelbar gegenüber seinem Auftraggeber. Dieser hat also einen klagbaren quasivertraglichen Primäranspruch auf Einhaltung der Verordnung³. Damit steht gleichzeitig fest, daß sich bei Nichtbeachtung dieser Pflichten die allgemeinen Sekundäransprüche des Vertragsrechtes zur Anwendung kommen.

So haben auch das OLG Hamm in seiner Entscheidung vom 25.4.1979⁴ und das OLG Bremen am 26.1.1977⁵ entschieden. In beiden Fällen ging es um Verstöße gegen die Pflicht zur Sicherheitsleistung gemäß §§ 2 und 3 der Verordnung. Die Entscheidungen sehen in der Nichtbefolgung der Pflichten eine positive Vertragsverletzung. Die daraus gezogenen Konsequenzen sind jedoch im einzelnen nicht ganz gleich. Nach OLG

1) vgl. dazu auch LG München, WM 1979, 1252

2) OLG Hamm - 17 U 254/76 - (nicht veröffentlicht); im Ergebnis so auch OLG Bremen, NJW 1977, 638

3) so wohl auch Halbe, NJW 1977, 1437, 1438 a.E.

4) 17 U 254/76

5) NJW 1977, 638 (aufgehoben durch BGH NJW 1978, 1054, wobei der BGH die hier erörterte Frage jedoch ausdrücklich offengelassen hat)

Hamm a.a.O. hat der Auftraggeber "nicht nur das Recht, Schadensersatz zu verlangen". Er kann auch "den Werkvertrag aus wichtigem Grund kündigen". Das OLG Bremen spricht dagegen dem Auftraggeber das Recht zum Rücktritt vom Vertrag zu. Der Ansatzpunkt, der beiden Entscheidungen zugrunde liegt, bedarf jedoch einer Einschränkung. Das grundsätzlich auf Schlechterfüllung von Pflichten zugeschnittene Institut der positiven Vertragsverletzung darf im Bereich der Nichterfüllung von vertraglichen Verpflichtungen nur dann angewandt werden, wenn der Fall nicht abschließend durch Unmöglichkeits- oder Verzugsvorschriften geregelt ist. Insbesondere muß man aus § 284 im Umkehrschluß entnehmen, daß die einfache Nichtleistung zunächst sanktionslos ist. Nichtleistung wird erst durch Fälligkeit des Anspruchs, Mahnung und Verschulden des Schuldners rechtlich relevant. Dem widerspricht es, die bloße Nichterfüllung bereits als positive Vertragsverletzung zu qualifizieren.

Allein die Nichterfüllung von Pflichten der Verordnung ist daher sanktionslos und keine positive Vertragsverletzung.

Der Auftraggeber hat vielmehr, solange die Erfüllung der Pflichten noch möglich ist, die Obliegenheit zur Mahnung und - will er Schadensersatz verlangen wegen Nichterfüllung oder vom Vertrag zurücktreten - zur Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung. Danach kann er die Rechte aus § 326 geltend machen.

Ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung mit denselben Zielen kommt dagegen nur in den Fällen der endgültigen und ernsthaften Verweigerung der Erfüllung von Fälligkeit der Leistung in Betracht. Es ist weitgehend anerkannt, daß eine eindeutige Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit als positive Vertragsverletzung des Gesamtvertrages, aus der die Pflicht herrührt, anzusehen ist.

In diesen Fällen sind aber auch die Voraussetzungen der positiven Vertragsverletzung zu modifizieren. In analoger Anwendung des § 326 muß der Gläubiger erfolglos unter Ablehnungsandrohung eine Frist zur Erklärung der Erfüllungsbereitschaft gesetzt haben¹. Fehlt also etwa die nach § 2 der Verordnung vorgesehene Sicherheit oder erfüllt der Gewerbetreibende seine Informationspflicht gemäß § 11 nicht, so muß der Auftraggeber die Erfüllung dieser Pflichten unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung anmahnen, bevor ihm vertragliche Sekundäransprüche zustehen. Mit dieser Maßgabe hat die Makler- und Bauträgerverordnung also umfassende zivilrechtliche Auswirkungen.

2. Verständnis der Begriffe Baubetreuer, Bauherr, Bauträger

Damit sind für diese Untersuchung die gewerberechtlichen Begriffsbildungen mit heranzuziehen.

(1) § 34 c GewO versteht den Begriff "Baubetreuer" offensichtlich eng. "Als Baubetreuer" handelt nur, wer in fremdem Namen und für fremde Rechnung auftritt. Andererseits ist die Tätigkeit, um die es geht, sehr weit gefaßt: Sowohl das Vorbereiten als auch die Durchführung von Bauvorhaben kann Baubetreuungsaufgabe sein.

(2) Dem Begriff des Baubetreuers steht nicht der des Bauträgers, sondern der des Bauherrn gegenüber. Der Begriff des Bauträgers erscheint erst in der Verordnung, und auch dort nur

1) eine Ausnahme davon wiederum ist zuzulassen, wenn nach den zu § 326 entwickelten Grundsätzen die Fristsetzung entbehrlich wäre; vgl. dazu Palandt-Heinrichs, § 326 Anm. 6 d

in Überschriften, wird aber offensichtlich sinngleich mit "Bauherr" verstanden¹. Die Tätigkeitsbeschreibung ist ebenso wie bei der Baubetreuung weit; sie erfaßt die Durchführung, aber auch die bloße Vorbereitung. Im Unterschied zum Baubetreuer handelt der Bauherr in eigenem Namen, gleich ob für eigene oder fremde Rechnung. Dabei muß aber die Bauerrichtung immer fremdbestimmt sein: § 34 c I Ziff. 2 a erfordert nämlich weiter, daß unter Verwendung fremder Vermögenswerte gearbeitet wird.

Auch mit dieser Einschränkung ist der Begriff "Bauherr" jedoch zu weit verstanden. Unter ihn fielen beispielsweise noch jeder Architekt, jeder Handwerker, der einzelne Bauleistungen zu erbringen hat etc. Zweifelsfrei ist daher, daß aus dem Begriff "Bauherr" selbst noch weitere Tatbestandsmerkmale zu entnehmen sind.

Der Begriff des Bauherrn entstammt dem öffentlich-rechtlichen Baurecht. Dort ist nach herrschender Auffassung derjenige Bauherr, der den Auftrag zur Bauausführung erteilt, dessen Wille rechtlich die Vorbereitungen und Ausführung des Bauwerkes beherrscht und dessen Anordnungen maßgeblich sind². Überwiegend wird jedoch abgelehnt, diese Definition ohne weiteres auf § 34 c GewO und die Makler- und Bauträgerverordnung anzuwenden. Eine Gleichstellung entspreche nicht dem Normzweck der beiden Regelungskomplexe. Das öffentliche Baurecht schaffe vielfach durch Ordnungswidrigkeitsvorschriften sanktionierte Verhaltenspflichten für die Bauerrichtung. Bei § 34 c GewO gehe es dagegen um Verbraucherschutz, d. h. um den Schutz der auftraggebenden Bauwilligen gegenüber ih-

1) so auch BGH NJW 1978, 1054

2) Landmann-Rohmer-Marcks, § 34 c Rdn 37; Gädtke-Temme, BauO NW, S. 469

ren Auftragnehmern¹. Die daraus gezogenen Konsequenzen sind jedoch sehr unterschiedlich. Dies betrifft insbesondere die Frage, ob es auf die Eigentumsverhältnisse am Grundstück ankommt. Wer auf seinem Grundstück ein Gebäude errichtet, um den Komplex anschließend "schlüsselfertig" zu veräußern, unterfällt eindeutig § 34 I Ziff. 2 a GewO. Dies zeigt insbesondere § 3 der Verordnung, der von einer Übereignungspflicht des Gewerbetreibenden ausgeht. Ebenso zweifelsfrei ist der Fall, in dem der Auftragnehmer in fremdem Namen die Bauverträge abschließt; dann liegt Baubetreuung iSd § 34 c I Nr. 2 b GewO vor. Problematisch bleibt damit der Fall, in dem der Auftragnehmer sich verpflichtet, auf dem Grundstück seines Auftraggebers ein Gebäude schlüsselfertig zu erstellen (sog. Generalübernehmer, wenn der Auftragnehmer selbst keine Bauleistungen durchzuführen hat). Charakteristisch ist der in der Entscheidung des OLG Hamm vom 25.4.1977² zugrunde liegende Sachverhalt. Dort hatte sich der Auftragnehmer gegen Zahlung eines Festpreises zur schlüsselfertigen Erstellung verpflichtet, wobei er gegenüber den an der Herstellung beteiligten Unternehmen und Handwerkern als alleiniger Auftraggeber auftrat, die Architekten-, Ingenieur- und Regieleistungen jedoch selbst zu erbringen hatte. Außerdem wollte er für den Fall, daß ein Subunternehmer ausfallen sollte, ausnahmsweise eigene Leute einsetzen.

Das OLG Hamm hat angenommen, direkt greife weder § 34 c I Nr. 2 a noch Nr. 2 b GewO ein: Für § 34 c I Nr. 2 b GewO fehle es am Handeln in fremdem Namen³.

1) vgl. etwa OLG Bremen, NJW 1977, 638 (Vorinstanz zu BGH NJW 1978, 1054); OLG Hamm - 17 U 254/76 - (nicht veröffentlicht)

2) OLG Hamm - 17 U 254/76 - (nicht veröffentlicht)

3) anders offenbar Weimar, BauR 1975, 308, 309, der trotz des eindeutigen Wortlauts auf diese Voraussetzung verzichtet

Nr. 2 a setze dagegen voraus, daß der Gewerbetreibende seinem Auftraggeber nicht nur das Gebäude, sondern das Grundstück mit Gebäude verschaffe¹. Die Vorschrift und die Makler- und Bauträgerverordnung seien jedoch analog anzuwenden, und zwar unter dem Gesichtspunkt der Nr. 2 b: Es mache für den Normzweck der Vorschriften keinen Unterschied, in welchem Namen und für wessen Rechnung gebaut werde. Der Gesetz- und der Verordnungsgeber habe das Publikum vor Gesellschaften schützen wollen, die - ohne eigenes Vermögen zu besitzen - sich zur Erstellung von Bauwerken fremde Vermögenswerte übergeben ließen. Dieses Ziel habe der Gesetzgeber erreichen wollen, indem er den wesentlichen Fall, in dem Vermögenslosigkeit der Gesellschaft zu befürchten sei, geregelt habe. Dies sei der Fall des Handelns in fremdem Namen, also ohne eigene vertragliche Verantwortung gegenüber den Bauhandwerkern. Darüber hinaus könne die Vermögensgefährdung der Auftraggeber aber allgemein dann leicht auftreten, wenn die Gesellschaft keine eigenen Bauleistungen erbringe. Dieser Umstand sei zwar nicht in den Tatbestand der Vorschriften mit aufgenommen, gleichwohl lasse er erkennen, ob hinter einem Unternehmen Vermögenswerte stünden oder nicht. Das Handeln in eigenem Namen, jedoch ohne Erbringung eigener Bauleistungen, sei vom Gesetzgeber übersehen worden; es werde aber, weil für den Auftraggeber ebenso gefährlich, vom Zweck der Vorschriften mit erfaßt. Das OLG a.a.O. hat deshalb den Gewerbetreibenden zur Sicherheitsleistung nach § 2 der Verordnung für verpflichtet gehalten.

Ein ähnlicher Sachverhalt lag der Entscheidung des BGH vom 26.1.1978² und damit auch der der Vorinstanz OLG Bremen vom 26.1.1977³ zugrunde. Das OLG Bremen hat gemeint, § 34 c

1) insoweit auch BGH NJW 1978, 1054

2) NJW 1978, 1054

3) NJW 1977, 638

Nr. 2 a GewO dürfe nicht wie möglicherweise im öffentlichen Baurecht eng verstanden werden. Unter die Vorschrift falle jeder, der im eigenen Namen für eigene Rechnung unter Verwendung von Vermögenswerten des Auftraggebers ein Bauwerk errichte, auch dann, wenn dies auf dem Grundstück des Auftraggebers geschehe.

Dem ist der BGH nicht gefolgt. Der Schutzzweck der Vorschriften erfordere keine Ausdehnung auch auf Fälle, in denen der Auftraggeber Grundstückseigentümer sei. Der Auftraggeber sei dann nämlich hinreichend dadurch gesichert, daß er Abschläge oder Raten erst nach Bauleistungen zahle, durch die ihm ein entsprechender Vermögenswert bereits zugeflossen sei. Der BGH hält damit für § 34 c Abs. 1 Nr. 2 a GewO entscheidend, daß der Auftraggeber zahlen muß, ohne dingliche Sicherheiten erhalten zu haben. Dies ergebe sich auch aus dem Wortlaut des § 34 c GewO. Die Bezeichnung der Vertragspartner der Bauträger, "Erwerber, Mieter, Pächter und sonstige Nutzungsberechtigte", zeige, daß vor Abschluß des Vertrages mit dem Bauträger noch kein Recht am Grundstück erworben sein dürfe. Auch die Makler- und Bauträgerverordnung bestätige dieses Ergebnis. Nach § 3 der Verordnung müsse der Bauträger Sicherheit leisten, sofern dem Auftraggeber das Eigentum am Grundstück übertragen werden solle. Nur in diesem Fall sei der Erwerber besonders schutzwürdig.

Mit der vom OLG Hamm aufgezeigten Parallele des Sachverhaltes zu § 34 c Nr. 2 b GewO setzt sich der BGH nicht auseinander. Er stellt jedoch am Schluß der Erörterungen ausdrücklich fest, daß der Auftragnehmer nicht zu den Gewerbetreibenden des § 34 c Nr. 2 GewO gehört. Beide Entscheidungen widersprechen sich daher.

IV. Stellungnahme

1. Bedeutung der Rechtsbeziehung Betreuer - Erwerber für den Bauhandwerker

Für die Rechtsstellung des Werkunternehmers scheinen die dargestellten Problemkreise zunächst nur eingeschränkt von Bedeutung zu sein. Es scheint nur darauf anzukommen, ob der Unternehmer Vertragspartner des Betreuers (Bauträgers) oder des Wohnungseigentumserwerbers wird. Nur in letzterem Fall hat er direkt vertragliche Ansprüche gegen die Erwerber, trägt er also zum Beispiel nicht das Konkursrisiko des Betreuers.

Diese Sicht ist jedoch verkürzt. Sowohl bei Bauträger- als auch Baubetreungsverhältnissen kann sich die Beziehung Baubetreuer - Erwerber auf den Werkunternehmer auswirken.

Dies zeigen insbesondere Gewährleistungsfälle.

(1) Bei Bauträgerverhältnissen schließt der Bauträger die Verträge mit dem Werkunternehmern zwar in eigenem Namen, so daß sich die Gewährleistung des Unternehmers nach § 635 oder § 638 oder - wenn vereinbart - nach § 13 VOB/B richtet. Faktisch wird der Bauträger aber vielfach nur insoweit ein Interesse an der Durchsetzung der Ansprüche haben, als er selbst von den Erwerbern zur Verantwortung gezogen werden kann. Wendet man nun mit Brych auf letzteres Verhältnis Kaufrecht an¹, so kommt dies mittelbar auch dem Unternehmer zugute. Diese Wirkung wird häufig rechtlich abgesichert. Unternehmer, die als Betreuer einerseits und Bauausführende andererseits

1) vgl. oben S. 12

häufig zusammenarbeiten, pflegen sich gegenseitig im Gewährleistungsbereich Begünstigungsklauseln einzuräumen. Der Unternehmer verpflichtet sich, dem Bauträger für sein Gewerk so lange zu haften, wie der Bauträger dies gegenüber den Erwerbern tut. Dafür verpflichtet der Bauträger dem Unternehmer, ihn nicht in Anspruch zu nehmen, wenn und soweit er selbst nicht durch die Erwerber in Anspruch genommen werden kann.

Letztlich haftet - immer die Anwendbarkeit des Kaufrechts unterstellt - damit der Werkunternehmer nur ein Jahr lang von der Übergabe an den Erwerber. Dies kann ihn erheblich besser als nach Werkvertragsrecht, aber auch schlechter stellen. Letzteres tritt insbesondere bei Gewerken ein, die schon in einem sehr frühen Stadium der Gesamtbauarbeiten abgeschlossen sind, etwa den Erdarbeiten, bei großen Baumaßnahmen wohl auch noch beim Rohbauunternehmer.

An diesen Ergebnissen ändert sich auch dann nichts, wenn der Bauträger, wie oft üblich, die Gewährleistungsansprüche an die Erwerber abtritt. Eine solche Abtretung ist wirksam, auch wenn die damit verbundene Gewährleistungsbeschränkung des Bauträgers gegenüber den Erwerbern unwirksam sein sollte, etwa wegen Verstoßes gegen § 11 Ziff. 10 a AGBG¹. Nach § 404 wirkt sich aber auch jetzt die Begünstigungsklausel aus. Die Erwerber haben gegen den Unternehmer keine weitergehenden Ansprüche, als sie gegen den Bauträger hätten.

1) unzulässig ist danach insbesondere, die eigene Haftung völlig auszuschließen oder von der g e r i c h t l i - c h e n Inanspruchnahme der Unternehmer abhängig zu machen. Die zu Fällen vor Inkrafttreten der AGBG ergangene Rechtsprechung des BGH, wonach die Gewährleistung des Bauträgers (erst) dann wiederauflebt, wenn die Inanspruchnahme des Unternehmers fehlschlägt (so etwa BGH NJW 1974, 34), dürfte angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 11 Ziff. 10 a AGBG überholt sein

(2) Bei Baubetreungsverhältnissen im engeren Sinne wirkt sich das Rechtsverhältnis zwischen Betreuer und Erwerber im Regreß auf die Rechtsstellung des Unternehmers aus. Schuldet der Betreuer die technische Betreuung, der Unternehmer die Errichtung selbst, so haften beide dem Erwerber bei Mängeln in Bauaufsicht und Ausführung als Gesamtschuldner¹. Damit gilt für das Innenverhältnis beider Schuldner zueinander § 426. Dies kann für den Handwerker zum Eintritt von Nachteilen führen, die er im Außenverhältnis zu den Erwerbern nicht hinzunehmen brauchte. Auch hier mag die Verjährung als Beispiel dienen: Angenommen, es zeigt sich nach Ablauf von drei Jahren seit der Abnahme ein Baumangel, der sowohl auf falsche Bauausführung als auch auf fehlerhafte Bauaufsicht zurückzuführen ist: Hat der Unternehmer in seinem Bauvertrag mit den Erwerbern die Geltung der VOB vereinbart, so ist seine Inanspruchnahme wegen Ablaufs der Zweijahresfrist gemäß § 13 VOB/B nicht mehr möglich. Der Baubetreuer haftet dagegen aus §§ 635, 638 fünf Jahre, kann also noch in Anspruch genommen werden. Für seine Tätigkeit kann die Geltung der VOB nicht vereinbart werden, weil Planung, Bauleitung und Bauaufsicht keine Bauleistungen im Sinne der VOB sind². Daher kann der Betreuer seine Haftung auch nicht durch Formularverträge oder AGB zeitlich begrenzen, §§ 11 Ziff. 10 f und 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG. Gehen die Erwerber gegen ihn vor, und leistet er Ersatz wegen der Mängel, so wird er seinerseits versuchen, jedenfalls teilweise vom Unternehmer Ausgleich zu erhalten. Damit liegt die Konstellation des sog. "gestörten" Gesamtschuldnerausgleiches vor.

1) vgl. Ingenstau-Korbion, VOB/B, § 13 Rdn 9

2) vgl. Ingenstau-Korbion, VOB/B, § 1 Rdn 3

Die Frage ist, ob der im Außenverhältnis nicht (mehr) haftende Gesamtschuldner (hier: Unternehmer) im Innenverhältnis ebenfalls privilegiert ist mit der Folge, daß der Regreßanspruch gegen ihn entfällt. Dies wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortet¹. Speziell für das Aufeinandertreffen von Bauausführungs- und Bauaufsichtsfehlern ist die Rechtsprechung jedoch eindeutig. Haftungsbeschränkungen im Außenverhältnis haben auf den Regreßanspruch aus § 426 Abs. 1 keinen Einfluß.

Dies bedeutet, daß letztlich der Bauunternehmer Gefahr läuft, Nachteile aus der Rechtsbeziehung zwischen Baubetreuer und Erwerbern hinnehmen zu müssen².

(3) Letztlich wirkt sich für den Bauunternehmer auch aus, ob der in eigenem Namen auftretende Baubetreuer für Rechnung der Erwerber handelt. Legt man nämlich allen Baubetreuungsfällen (also einschließlich der Bauträgerschaft) Treuhändercharakter bei, so können sich daraus für den Handwerker durchaus Vorteile ergeben. Es ist anerkannt, daß der Treugeber bei Zwangsvollstreckung und Konkurs des Treuhänders eine bevorzugte Stellung hat. In der Zwangsvollstreckung hat er die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO. Im Konkurs kann er Aussonderung verlangen³.

Können aber die Wohnungseigentümererwerber auf diesen Wegen Vermögenswerte, die sie dem Betreuer ausgehändigt haben, zurückerhalten, so stehen diese Beträge auch bei wirtschaftlichem Zusammenbruch des Betreuers weiter zur Baudurchführung zur Verfügung - ein Umstand, der auch dem Bauunternehmer zu-

1) vgl. etwa Münchener Kommentar-Selb, § 426 Rdn 26; Erman-H.P.Westermann, § 426 Rdn 11; aus der Rechtsprechung: BGHZ 51, 37; 54, 256; 55, 11; LM § 426 Nr. 31 = JuS 1971, 427

2) vgl. BGHZ 58, 216 = NJW 1972, 942 = JuS 1972, 601; eingehend dazu vgl. Münchener Kommentar-Selb, a.a.O., mwN auch für die Gegenmeinungen

3) Palandt-Bassenge, vor § 929, 7 B c aa mwN

gute kommt. Diese Fälle zeigen, daß es verkürzt wäre, nur die Frage nach der Aktiv- und Passivlegitimation zu untersuchen. Vielmehr soll der Abgrenzung der Baubetreuungsarten voneinander und ihrer rechtlichen Ausgestaltung insgesamt nachgegangen werden.

2. Zusammenstellung der in Rechtsprechung und Literatur verwendeten Abgrenzungskriterien

Dazu sollen zunächst die von Rechtsprechung und Literatur verwendeten Abgrenzungskriterien zusammengestellt und in ihrer Relevanz aufgezeigt werden:

(1) Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses

(a) Die überwiegende Meinung in der Literatur verwendet dieses Kriterium, um die Fälle der Baubetreuung vom Wohnungskauf abzugrenzen: Letzteres sei anzunehmen, wenn das Gebäude bei Vertragsschluß bereits fertiggestellt sei.

(b) Der BGH ist dem jedenfalls bei Gewährleistungsansprüchen im Bauträgervertrag nicht gefolgt und wendet Werkvertragsrecht auch dann an, wenn das Gebäude errichtet ist.

(2) Die Eigentumsverhältnisse am Grundstück

Dieses Merkmal dient den verschiedenen Auffassungen unterschiedlich.

(a) Nach der Rechtsprechung des BGH grenzt sich so jedenfalls für die Makler- und Bauträgerverordnung der Bauträger vom

Werkunternehmer ab; der Bauträger bebaut das in seinem Eigentum stehende Grundstück.

(b) Nach der Auffassung von Locher unterscheiden die Eigentumsverhältnisse am Grundstück den Bauträger vom Baubetreuer.

(c) Außerdem ist der Bauträgervertrag - ebenfalls wieder nach Locher - Werkvertrag, wenn vor Errichtung übereignet wird. In diesem Fall sei die Übereignungspflicht entbehrlich.

(3) Bei Vereinbarung eines Festpreises zwischen Erwerber und Baubetreuer verneint ein Teil der Rechtsprechung generell das Vorliegen von Baubetreuungsverträgen im engeren Sinne.

(4) Der Fremdbezug der Maßnahmen nach Locher ist gemeinsames Merkmal aller Bauträger- und Baubetreuungsverhältnisse (Handeln für fremde Rechnung). Dies steht im Widerspruch zur Begriffsbildung in § 34 c GewO, wo es für die Bauherreigenschaft ($\cong$ Bauträger) nicht darauf ankommt, ob das Bauwerk für eigene oder für fremde Rechnung erstellt wird. Auf diesem Standpunkt steht auch die Rechtsprechung des BGH zur Gewährleistung bei Bauträgerverträgen.

(5) Das Handeln in fremdem Namen unterscheidet nach § 34 c GewO den Baubetreuer vom Bauherrn. Dieselbe Abgrenzung nimmt Wittchen für das Verhältnis von Bauträger und Baubetreuer an. Nach Locher dagegen ist dies Merkmal subsidiär gegenüber der Abgrenzung nach den Eigentumsverhältnissen am Grundstück.

Diese Kriterien sollen jetzt im einzelnen behandelt werden.

3. Das "Zeitpunkt-Argument"

§ 433 Abs. 1 S. 1 behandelt die Pflicht zur Übergabe und Übereignung, § 631 die Pflicht zur Herstellung einer Sache. Der Wortlaut dieser Vorschriften scheint dem "Zeitpunkt-Argument" recht zu geben: Übergeben und übereignet kann nur werden, was schon existent ist; Herstellung setzt dagegen voraus, daß die Sache noch nicht fertig ist. Andererseits muß man berücksichtigen, daß § 433 und § 631 nicht den Verschaffungs- bzw. Herstellungsvorgang beschreiben, sondern die Verpflichtung zu ihnen. Das zeigt, daß das "Zeitpunkt-Argument" zumindest in einer - im Verhältnis zur hier entscheidenden umgekehrten - Richtung nicht tauglich ist: Der noch nicht existente Gegenstand kann bereits Gegenstand eines auf Verschaffung gerichteten Rechtsgeschäftes sein. Der Verkauf einer künftigen Sache ist unstreitig möglich¹.

Damit ist aber das "Zeitpunkt-Argument" für den Fall, daß die Sache bei Vertragsschluß fertig ist, nicht gleichzeitig mit entkräftet. Vielmehr ist folgende Unterscheidung möglich: Das Verschaffungsgeschäft bezüglich einer künftigen Sache ist denkbar, eben weil die Sache entstehen und dann die eingegangene Verpflichtung relevant werden kann; zur Herstellung einer bereits fertigen Sache dagegen kann sich niemand mehr verpflichten. Dieser Vertrag wäre - unterstellt, die Parteien hätten ihn überhaupt geschlossen - wegen anfänglicher Unmöglichkeit nach § 306 nichtig. Für das Verhältnis von Kauf- zu Werkvertrag würde sich danach ergeben: Beiden Verträgen ist (für den Fall des Sachkaufes und der Herstellung eines körperlichen Werkes) gemeinsam, daß der Vertragspartner Inhaber der Sache werden soll. Ob Kauf gegeben ist, hängt nicht vom Zustand der Sache bei Vertragsschluß, sondern vom Grad der eingegangenen Verpflichtungen (Herstellung oder nur Verschaf-

1) vgl. statt aller Palandt-Heinrichs, § 433 Anm. 1

fung) ab. Beim Werkvertrag ist dagegen neben einer entsprechenden Einigung objektiv nötig, daß noch nicht hergestellt ist.

Ob mit dieser Differenzierung der Wille der Parteien realisiert ist, erscheint zweifelhaft. Sie stellt nämlich nur auf den unmittelbaren Leistungsaustausch, so wie er sich zunächst vollzieht, ab. Damit sind die Wirkungen eines Vertrages jedoch nicht beendet. Dies zeigt sich insbesondere im Gewährleistungsrecht, aus dem sich noch lange nach dem Leistungsaustausch (vgl. §§ 477, 638) Pflichten ergeben können. Gerade die Gewährleistung aber orientiert sich in ihrer Ausgestaltung stark an dem Charakter der Vertragsleistung, für die eingestanden werden muß. Für den Kauf als Umschlagsgeschäft ist charakteristisch, daß ohne die Verpflichtung zur Nachbesserung gehaftet wird, nur das von den Parteien geschaffene Austauschverhältnis ganz (Wandlung) oder teilweise (Minderung) rückgängig gemacht werden kann. Dem entspricht auch die Regelung der Verjährung in § 477. Die im Vergleich zu Werkvertrag (§ 638) und Miete (§ 195) kurze Verjährungsfrist ist Ausdruck eines auch in seinen weiteren Auswirkungen schnell beendeten Vertrages. Der Verkäufer soll bald endgültig die Gewißheit haben, daß "die Sache erledigt ist" und sich (jedenfalls bei gewerblicher Tätigkeit), ohne noch "nachhängenden", schwer überschaubaren Risiken ausgesetzt zu sein, anderen Rechtsgeschäften zuwenden können.

Noch deutlicher ist der Zusammenhang zwischen Hauptleistungspflicht und Gewährleistung beim Werkvertrag. Dort ist der Nachbesserungsanspruch gemäß § 633 Abs. 2 die direkte Fortsetzung des mit der Abnahme erloschenen Herstellungsanspruches nach §§ 631, 633 Abs. 1. Auch der Schadensersatzanspruch gemäß § 635 knüpft an die erfolgte Herstellung an: Voraussetzung ist nicht - wie beim Kauf gemäß § 463 - die Unrichtigkeit einer besonders qualifizierten Erklärung zu Eigenschaften

der Sache, sondern die schuldhaft fehlerhafte Herstellung. Die werkvertragliche Haftung ist also auf die Herstellung, und damit intensiver als bei §§ 433 ff, auf die Sache bezogen. Dem entspricht es, daß der Beschleunigungszweck bei Verjährung¹ von Gewährleistungsansprüchen wesentlich weniger stark ausgeprägt ist als beim Kauf. Der Unternehmer hat fünfmal so lange für eine Bauleistung einzustehen als der Verkäufer des fertigen Hauses.

Würde man nun bei der Verschaffung von Bauleistungen, die bereits erbracht sind, immer Kaufrecht anwenden, entfielen die Möglichkeit der Parteien, dem Erwerber diesen erheblich intensiveren Gewährleistungsmechanismus einzuräumen. Dies widerspricht der in diesem Bereich bedenkenfrei bestehenden Vertragsfreiheit, § 305. Auch nach Fertigstellung muß eine Vereinbarung möglich sein, kraft derer Werkvertragsrecht zwischen den Parteien gelten soll - insbesondere was Abnahme und Gewährleistung betrifft. Die Parteien stellen sich damit so, als sei das Gebäude für den Erwerber gebaut worden. Praktisch erfolgt also eine "nachträgliche Fremdbestimmung" der Erstellungsphase. Eine solche Zweckänderung einer bereits abgeschlossenen Leistung wird von der herrschenden Meinung im Rahmen des § 267 sogar durch einseitige Erklärung für möglich gehalten. Der eine vermeintlich bestehende eigene Schuld Zahlende kann nachträglich bestimmen, daß seine Leistung als auf eine andere Schuld erbracht anzusehen ist². Erst recht muß dann aber durch übereinstimmende Erklärungen der Parteien nachträglich der Zweck eines Leistungsvorganges geändert werden können. Das "Zeitpunkt-Argument" ist also nicht haltbar. Auch wenn das Gebäude bereits erstellt ist,

1) vgl. Medicus, Rdn 357 mwN

2) BGHZ 26, 217, 220 = NJW 1958, 544; LM Nr. 1 zu § 267; RGZ 163, 21, 34; Flume, JZ 1962, 281, 282; Sinn, NJW 1968, 1857; a.A. Lorenz AcP 168, 286, 308; Staudinger-Werner, § 267 Rdn 7 mwN

entscheidet allein der Parteiwille darüber, ob ein Erwerbsvertrag nach Kauf- oder Werkvertragsrecht zu beurteilen ist.

4. Die Eigentumsverhältnisse am Grundstück

a) Abgrenzungskriterium zwischen Baubetreuung und Bau-trägerschaft

Zweifelsfrei sind die Eigentumsverhältnisse am Baugrundstück für den zu schließenden Vertrag nicht völlig ohne Bedeutung. So übernimmt der Veräußerer, wenn er das Grundstück mit Bauwerk an den Erwerber veräußert, zusätzlich die das Grundstück betreffenden Pflichten. Außerdem wird der gesamte Vertrag nach § 313 formbedürftig¹.

Wollte man aber mit Locher² annehmen, daß die Eigentumsverhältnisse am Grundstück B a u betreuer und B a u träger voneinander unterscheiden, so müßten sich darüber hinaus Auswirkungen feststellen lassen können: Die Eigentumsverhältnisse müßten die Pflichten hinsichtlich des Bauwerkes beeinflussen. Dies ist aber nicht so. Auch soweit kein Grundstück übereignet zu werden braucht, sind hinsichtlich des Gebäudes sehr unterschiedliche Leistungen möglich, die sämtlich nicht als "normale" Bauunternehmertätigkeit zu qualifizieren sind.

Der Bauunternehmer schuldet den Erfolg von Werkleistungen, jedoch nach den Plänen des Bestellers. Über dieses Lei-

1) vgl. oben S. 24

2) vgl. oben S. 7 ff

zungsbild geht weit hinaus, wenn die schlüsselfertige Erstellung ohne jede Mitwirkung des Erwerbers versprochen wird, der Leistende also auch den Plan, die Statik und alle sonstigen Voraussetzungen der Bauleistung selbst schuldet (Herbeiführung der erforderlichen Genehmigungen etc.). Es sind auch Vertragsgestaltungen denkbar, bei denen etwas anderes als die Bauleistung selbst geschuldet wird, nämlich nur deren Vermittlung. Dies kann dadurch erfolgen, daß der Vermittler im Namen der Erwerber die Bauverträge schließt, aber auch so, daß er in eigenem Namen, aber für Rechnung der Erwerber handelt.

Diese unterschiedlichen Gestaltungen sind unabhängig davon möglich, ob sich der Leistende (daneben) zur Übereignung des Grundstücks verpflichtet. Die Eigentumsverhältnisse am Grundstück sind nicht geeignet, innerhalb der Baubetreuung Abgrenzungskriterien zwischen den verschiedenen Betreuungsleistungen zu sein.

b) Auswirkungen auf die rechtliche Qualifizierung der bauwerksbezogenen Leistung

Möglicherweise sind die Eigentumsverhältnisse aber für die rechtliche Qualifizierung einer bauwerksbezogenen Leistung von Bedeutung.

(1) Insbesondere könnte der Bauträgervertrag wegen der Pflicht zur Grundstücksübereignung nicht als Werk-, sondern als Werklieferungsvertrag gemäß § 651 zu qualifizieren sein. In der Literatur¹ wird dies vielfach mit der in § 651 vorge-

1) vgl. oben S. 13

sehenen Pflicht zur Übereignung begründet. Der rechtsfolgenorientierte Schluß trifft jedoch dann nicht zu, wenn auch der reine Werkvertrag gemäß § 631 eine Übereignungspflicht mit umfassen kann. Dies ist nach dem Wortlaut der Vorschrift, die nur eine Verpflichtung zur Herstellung vorsieht, nicht der Fall - und für das Leitbild des § 631 auch nicht erforderlich: Die §§ 631 ff gehen nämlich für den Regelfall davon aus, daß der Besteller die zur Herstellung erforderlichen Stoffe zur Verfügung stellt. Der Besteller wird also, wenn überhaupt eine sachenrechtliche Änderung eintritt, kraft Gesetzes Eigentümer, entweder nach §§ 946, 947 oder nach § 950, wenn aus seinen Stoffen eine neue Sache hergestellt wird¹.

Es ist jedoch anerkannt, daß § 631 insoweit zu eng formuliert ist. Selbstverständlich hat der Besteller nicht nur ein Recht auf Herstellung, sondern auch auf Zugänglichmachen des Werkes. Die in § 640 geregelte Abnahmepflicht ist also gleichzeitig Anspruch des Bestellers gegen den Unternehmer, das Werk zur Verfügung zu stellen. In den Fällen, in denen der Besteller (bereits) Eigentümer ist, besteht der Anspruch auf Besitzverschaffung. Sollte dies aber im Einzelfall nicht gegeben sein - etwa wenn in § 950 die Herstellereigenschaft wegen überwiegenden Produktionsaufwandes ausscheidet -, so ist der Unternehmer auch beim reinen Werkvertrag verpflichtet, an den Besteller zu übereignen². Die Gestaltung der Rechtsfolgen in § 651 einerseits und in § 631 andererseits zwingt also nicht zur Annahme eines Werklieferungsvertrages.

1) vgl. Palandt-Bassenge, § 950 Anm. 3 a aa

2) Palandt-Thomas, § 631 Anm. 2 a

(2) Die Annahme eines Werklieferungsvertrages könnte sich aber von den Voraussetzungen des § 651 her rechtfertigen. Dies könnte insbesondere der Fall sein, wenn auch das Grundstück "Stoff" iSv § 651 ist. Das zu erstellende Werk beim Baurägervertrag wäre dann die einheitliche Sache "Haus und Grundstück". Für eine solche Betrachtung spricht zunächst die erkennbare Vorstellung des Erwerbers. Dieser will alles zusammen aus einer Hand erwerben. Sein Interesse ist gerichtet auf das bezugsfertige Wohnungseigentum einschließlich des Miteigentums, das zur Wohnung gehört, also auch auf das Grundstück. Bedenken gegen diese Lösung ergeben sich jedoch, wenn man ihre Rechtsfolgen hinsichtlich der Sekundäransprüche betrachtet. Die Haftung des Baurägers für die Gesamtimmobilie würde sich gemäß § 651 Abs. 1 S. 2 2. Alt. nach Werkvertragsrecht richten. Dies paßt jedoch für Leistungsstörungen, die nur das Grundstück betreffen, nicht. Bei Grundstücken ist der als häufigster denkbare Störfall das Bestehen von Rechten Dritter. §§ 633 ff enthalten hierfür überhaupt keine Regelung. Im Kaufrecht dagegen ist die Frage ausführlich, auch in ihren Abgrenzungen zu Tatbeständen, für die der Veräußerer nicht haftet (§ 436), geregelt. Es ist kein Grund ersichtlich, diese Vorschriften hier nicht anzuwenden.

Gegen die Einordnung des Grundstücks beim Baurägervertrag als "Stoff" iSd § 651 spricht auch die Herstellungs- und verschuldensorientierte Sachmängelhaftung der §§ 633 ff. Fehler bei einem Grundstück werden in aller Regel nicht darauf beruhen, daß der Veräußerer die Vornahme einer gebotenen Handlung unterlassen oder eine Maßnahme falsch ausgeführt hat, sondern darauf, daß ein im Veräußerungsvertrag vorgesehener Zustand von vornherein nicht vorliegt. Beispiele hierfür sind etwa die Fälle, in denen das Grundstück in seiner Größe oder Lage von den vertraglichen Vereinbarungen

abweicht¹ oder die der beeinträchtigten Bebaubarkeit wegen öffentlich-rechtlicher Vorschriften². Anknüpfungspunkt für die Haftung ist hier ausschließlich die unzutreffende Erklärung des Veräußerers bei Vertragsschluß, das in diesem Zeitpunkt bereits bestehende Auseinanderfallen der Ist- und Sollbeschaffenheit. Dies ist aber gerade die in §§ 459 ff. geregelte Situation. Der Veräußerer haftet danach ohne Nachbesserungsrecht und -pflicht und ohne Rücksicht auf sein eigenes Verschulden je nach Intensität seiner Erklärung gemäß § 462 oder § 463 (zu dem erwähnten Beispiel der falschen Grundstücksgröße vgl. § 468). Dafür hat er den Vorteil, für den - von ihm nicht wegen Herstellung zu verantwortenden - Zustand auch nur in der kurzen Frist des § 477 haften zu müssen. All dies spricht dafür, beim Bauträgervertrag zwischen Grundstücksverschaffung und Herstellung zu trennen und, jedenfalls soweit es die Sekundäransprüche betrifft, für ersteres die §§ 433 ff., für letzteres die §§ 633 ff. anzuwenden.

(3) Diese Differenzierung ist aber nur dann zulässig, wenn die sich damit ergebenden Rechtsfolgen auch interessengerecht aufeinander abgestimmt werden können. Keine Bedenken bestehen, soweit Sekundäransprüche nur das primäre Leistungsinteresse ergänzen. Dies trifft zu für die Ansprüche auf Nachbesserung (§ 633), Minderung (§§ 643, 462) und den sog. "kleinen" Schadensersatz, der neben den weiterbestehenden Erfüllungsanspruch tritt (vgl. §§ 440, 325, 463, 635). Hier erfolgt der Interessenausgleich nur hinsichtlich des einzelnen Fehlers, während das Schuldverhältnis im übrigen unberührt bleibt. Ist etwa das veräußerte Grundstück kleiner als versprochen, so bleibt der Herstellungsanspruch des gemäß § 462 Minderung verlangenden Erwerbers unverändert.

1) vgl. Erman-Weitnauer, § 459 Rdn 4; BGHZ 60, 319 = NJW 1973, 1234

2) vgl. Jöhlen, NJW 1979, 1531 mwN aus der Rechtsprechung

Grundlegend anders ist es dagegen, wenn Rechte geltend gemacht werden, die das Schuldverhältnis im ganzen verändern (Wandlung gemäß § 462 bzw. § 634; sog. "großer" Schadensersatz gemäß § 463 oder § 635 oder §§ 440, 325). Hier stellt sich die Frage, ob und inwieweit ein Anspruch auf Rückgängigmachung aus dem kaufrechtlichen Teil des Vertrages Einfluß haben kann auf den werkvertraglichen und umgekehrt. Verschiedene Lösungen sind denkbar:

Zum einen könnte man sich auf den Standpunkt stellen, wegen der Einheitlichkeit des Vertrages wirke sich jeder Anspruch auf Rückgängigmachung automatisch auf den ganzen Vertrag aus. Hat also z. B. der Erwerber einer Eigentumswohnung mit dem Bauträger vereinbart, daß die Wohnung vom Erwerber weiter ausgebaut werden kann (etwa durch Verglasung einer Dachterrasse zu einem Wohnraum) und scheitert dies an baurechtlichen Vorschriften, so kann sich danach der Erwerber gemäß § 462 durch Wandlung vom Gesamtvertrag lösen. Für dieses Ergebnis spricht zunächst der Wortlaut in §§ 462, 634. Danach hat der Erwerber die freie Auswahl zwischen ergänzenden und rüchtausenden Sekundäransprüchen. Andererseits ist aber zu beachten, daß sowohl Kauf- als auch Werkvertragsrecht nur den Fall der ausschließenden Anwendung von §§ 433 ff oder §§ 631 ff regeln. Der automatische Einfluß auf andere Elemente eines Vertrages kann daher aus §§ 631 ff oder §§ 433 ff nicht abgeleitet werden. Aber auch die umgekehrte Lösung, Rücktritt, Wandlung oder "großen" Schadensersatz nur für den Vertragsteil zu gewähren, in dem er eintritt, führt zu Schwierigkeiten: Wie soll z. B. eine Eigentumswohnung, die schwere Mängel aufweist, nach § 635 an den Bauträger zurückgegeben werden, ohne daß sich ebenfalls die Eigentumsverhältnisse am Grundstück ändern? Die Lösung ist daher in einer Kombination von Einzel- und Gesamtauswirkungen dieser Gestaltungsrechte zu suchen.

(a) Will man zu einer Gesamtauswirkung kommen, so ist zu beachten, daß damit eine größere Auswirkung, als in §§ 462 ff oder §§ 634 ff vorgesehen, erzielt wird. Dem entspricht es, die Anforderungen strenger als im Normalfall dieser Vorschriften zu stellen.

Dies hat insbesondere für Mängel am Grundstück zu gelten. Sie können nur dann gemäß §§ 440, 325 oder §§ 462, 467 zur Rückgängigmachung des gesamten Vertrages führen, wenn dies die Gesamtinteressen des Bestellers rechtfertigt, dessen Interessen also insbesondere nicht durch Minderung oder "kleinen" Schadensersatz befriedigt werden können. Wandlung, Rücktritt und "großer" Schadensersatz sind also nach dieser Maßgabe subsidiär. Insoweit kann der in §§ 468, 643 Abs. 3 und letztlich auch (für einen umgekehrten Fall) in § 633 Abs. 2 S. 2 enthaltene Rechtsgedanke entsprechend herangezogen werden.

(b) Steht dem Erwerber danach das Recht zu, den Gesamtvertrag rückgängig zu machen, so stellt sich die Frage, ob ihm anstelle dessen auch die Möglichkeit zusteht, nur die Herstellung oder Grundstücksverschaffung rückgängig zu machen. Soweit es um Grundstücks-mängel geht, ist das Wahlrecht schon aus praktischen Gründen nicht denkbar: Will der Erwerber das Grundstück zurückgeben, so gehen aufstehende Gebäude automatisch mit. Ob ein Wahlrecht besteht, ist dagegen relevant für den Fall, daß Mängel am Bauwerk vorliegen. Nach herrschender Meinung kann beim Werkvertrag aus Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 635 oder nach § 13 VOB/B Entfernung des mißlungenen Werkes verlangt werden. In einer Entscheidung des OLG Hamm¹ ist dies zwar nur für einen Gebäudeteil, einen Nachtstromspeicherkessel,

1) OLG Hamm, NJW 1978, 1060; vgl. dazu weiter Peters, JR 1979, 265

entschieden worden. Es bestehen aber keine Bedenken, das Ergebnis auch auf Fälle schwerwiegender Mängel am Gesamtbauwerk zu übertragen, etwa auf den Fall eines unbehebbar Fehlens in der Statik. Überträgt man dies auf den Bauträgervertrag, so hätten zumindest alle Erwerber eines Hauses mit Eigentumswohnungen zusammen¹ das Recht, vom Bauträger den Abriß des Gebäudes bei gleichzeitigem Verbleib der dinglichen Position bei den Erwerbern zu verlangen. Praktisch könnte dies insbesondere dann werden, wenn dieses Recht aus § 635 in einer frühen Phase der Bauerrichtung ausgeübt wird, etwa weil der Bauträger trotz Fristsetzung mit Ablehungsandrohung einen schweren Mangel bei der Gründung nicht beseitigt².

Gegen das Bestehen eines solchen Wahlrechtes scheint zunächst der Rechtsgedanke aus § 139 zu sprechen. Diese Vorschrift ist analog auf den Rücktritt anwendbar³. Übertrüge man sie auch auf die hier zu entscheidenden, den Rechtsfolgen aus Rücktritt nahestehenden Fälle, so wäre nach den ursprünglichen Abreden zu entscheiden, wie weit rückabgewickelt wird. Da die Parteien ursprünglich Grundstück und zu errichtendes Haus als eine Einheit gesehen haben, wäre im Regelfall Gesamtauswirkung gegeben. Die Erwerber müßten auch das Grundstück zurückgeben. Diese, an einer ex-ante-Sicht orientierte Entscheidung trägt jedoch dem Grund, der in die Sekundäransprüche geführt hat, zu wenig Rechnung. Der ursprüngliche Wille des Bauträgers, ein Grundstück mit Haus zu veräußern, ist aus einem Grund nicht realisiert worden, der ausschließlich in seinem Verantwortungsbereich liegt. Dann aber kann

1) inwieweit die Erwerber auch einzeln aktiv- und passivlegitimiert sind, soll später noch genauer untersucht werden

2) bei Vereinbarung der VOB ergeben sich ebenfalls dieselben Rechte aus § 4 Nr. 7 iVm § 8 Nr. 3 VOB/B; § 13 Nr. 7 VOB/B ist erst nach der Abnahme gegeben

3) BGH NJW 1976, 1931

sein Interesse, den Vertrag entweder überhaupt nicht oder aber vollständig durchzuführen, nicht schutzwürdig sein. Vielmehr muß es dem Erwerber überlassen bleiben, in welchem Umfange rückabgewickelt wird. Ein Wahlrecht zwischen Rückabwicklung insgesamt oder nur hinsichtlich des Bauwerkes besteht daher:

(c) Eine Besonderheit ergibt sich jedoch noch beim Wandlungsrecht wegen Baumängel, § 634¹. Nach §§ 467 (634 Abs. 4), 346 ist der Besteller zur Rückgabe des Werkes verpflichtet. Beim Bauvertrag ist dies regelmäßig unmöglich: Der Besteller müßte die Baustoffe vom Grundstück wieder abtrennen und dem Unternehmer aushändigen, wollte er den Werklohn ganz zurückhaben. Einen Anspruch auf Entfernung des mißlungenen Werkes hat er aus Wandlung nicht². Daher steht die herrschende Meinung auf dem Standpunkt, die Wandlung sei so zu vollziehen, daß der Besteller das Werk behält, dem Unternehmer aber Wertersatz zu leisten hat, der mit dem zurückzugebenden Werklohn verrechnet wird. Zu verrechnen ist also der tatsächliche Werklohn mit dem wirklichen Wert des mangelhaften Werkes - ein Ergebnis, was der Minderung zwar nahekommt, mit ihr aber wegen des anderen Berechnungsweges in § 472 nicht identisch ist³. Beim Bauträgervertrag ist diese Einschränkung nicht erforderlich, wenn nach den vorstehenden Grundsätzen Gesamtabwicklung verlangt werden kann. Hier erhält der Bauträger die Gesamtimmobilie, also auch das Gebäude zurück. Es kann also nach dem Wortlaut des § 346 abgewickelt werden⁴.

1) bei Vereinbarung der VOB kann es hierzu nicht kommen, da § 13 VOB ein Wandlungsrecht nicht vorsieht und § 634 insoweit nach h.M. auch nicht ergänzend gilt; Ingenstau-Korbion, § 13 Rdn 96

2) OLG Hamm, NJW 1978, 1060

3) Palandt-Thomas, § 634 3 a; Staudinger-Riedel, § 634 Rdn 10 e; Soergel-Ballerstedt, § 634 Rdn 15; RGZ 147, 390; Schlosser, JZ 1966, 430; Peters, JR 1979, 265

4) so im Ergebnis auch BGH WM 1971, 1251; BGH WM 1979, 840; KG NJW 1976, 522; OLG Düsseldorf, NJW 1971, 1847; OLG Köln, NJW 1968, 2061

Die sich aus der differenzierten Behandlung der Sekundäransprüche hinsichtlich des Grundstücks einerseits und hinsichtlich der Gebäudeerstellung andererseits ergebenden Ansprüche können also interessengerecht aufeinander abgestimmt werden. Die Grundstücksverschaffung ist nach Kaufrecht, die Gebäudeerstellung nach §§ 633 ff zu behandeln. Das Grundstück ist also nicht "Stoff" iSd von § 651.

Die Eigentumsverhältnisse am Grundstück sind also kein geeignetes Kriterium, die verschiedenen Arten der Baubetreuung (im engeren und im weiteren Sinne) voneinander zu trennen. Ebenfalls haben sie keinen Einfluß auf die rechtliche Qualifikation einer übernommenen Verpflichtung zur Bauerrichtung. Als tragendes Abgrenzungskriterium scheidet dieses Merkmal aus.

5. Die Vereinbarung eines Festpreises

Nach einem Teil der Rechtsprechung und Literatur soll eine Baubetreuung im engeren Sinne, also die Vertreterstellung des Betreuers ausscheiden, wenn der Betreuer und Erwerber einen Festpreis vereinbart haben. Drei Rechtsgeschäfte stehen dabei zur Beurteilung an¹.

(1) Zunächst ist fraglich, ob der Betreuer beim Vertragschluß mit dem Unternehmer im Namen der Erwerber handelt oder in eigenem Namen auftritt.

(2) Hinsichtlich des Vertrages zwischen Betreuer und Erwerber ist zu untersuchen, ob die Vermittlung von Bauleistungen oder der Bau selbst geschuldet ist.

1) insoweit möglicherweise zu eng: BGH NJW 1977, 294; deutscher jetzt BGH NJW 1980, 992, 994

(3) Davon zu unterscheiden ist die Vollmachtserteilung durch die Erwerber an den Betreuer. Sie wird aber nur dann angenommen werden können, wenn nicht die Bauwerkerstellung selbst durch den Betreuer geschuldet ist. Insoweit besteht ein enger Zusammenhang zu Frage 2. Beides soll daher zusammen behandelt werden.

a. Das Handeln in fremdem Namen

Abgelehnt worden ist ein Handeln in fremdem Namen trotz eindeutigen anderslautenden Vertragstextes vom Landgericht Arnberg¹. Das Gericht hat dies mit gegenteiligen Parteiinteressen begründet: Wegen der Festpreisabrede habe an der Preisvereinbarung mit dem Unternehmer nur der Betreuer, nicht dagegen die Erwerber ein Interesse. Auch die Sicht des Unternehmers bestätige, daß ein Vertragsschluß mit dem Betreuer gewollt sei: Weisungsempfang, Rechnungslegung und Gewährleistung gestalteten sich sonst für den Unternehmer wegen einer Vielzahl von Rechtsbeziehungen zu jedem einzelnen Erwerber zu unübersichtlich.

Dies überzeugt nicht². Zwar ist richtig, daß ein Vertrag auch gegen seinen Wortlaut ausgelegt werden kann. Dies gilt - möglicherweise entgegen Crezelius a.a.O. - nicht nur für von den Parteien vorgenommene rechtliche Qualifikationen ihrer Abrede, sondern allgemein ("falsa demonstratio non nocet"). Die dargelegten Parteiinteressen reichen aber weder einzeln noch zusammengenommen aus, um ein so schwerwiegendes Indiz wie den Wortlaut einer schriftlichen Abrede zu überwinden. Dabei kann dahinstehen, ob man mit Crezelius a.a.O. anzunehmen hat, daß beim Offenheitsgrundsatz der Stellvertretung besonders strenge

1) NJW 1978, 1588

2) so im Ergebnis auch Crezelius, NJW 1978, 2158 und jetzt
BGH NJW 1980, 992, 993

Anforderungen zu stellen sind. Bereits die §§ 133, 157 widerlegen nämlich die Richtigkeit dieses Ergebnisses. Nach diesen Vorschriften dürfen überhaupt nur solche Umstände im Bereich eines Vertragspartners berücksichtigt werden, die dem anderen bekannt oder zumindest erkennbar sind. Die Festpreisabrede wird dem Unternehmer nicht bereits durch den Bauvertrag bekannt, sondern ergibt sich aus dem Baubetreungsverhältnis, an dem der Unternehmer nicht beteiligt ist. Der Unternehmer kann sie also nicht ohne weiteres kennen. Ersichtlich ist ebenfalls nicht, daß den Unternehmer insoweit eine Erkundigungspflicht trifft. Auch ein allgemeiner Erfahrungssatz des Inhaltes, daß bei Baubetreungsverhältnissen eine Festpreisabrede getroffen wird, besteht nicht. Die Festpreisabrede zwischen Betreuer und Erwerber muß daher für die Auslegung des Werkvertrages außer Betracht bleiben.

Auch die angeführten Vereinfachungsinteressen des Unternehmers können den Vertragswortlaut nicht überwinden. Zweifelhaft ist bereits, ob wirksame Stellvertretung tatsächlich zu Einzelrechtsbeziehungen des Unternehmers mit jedem Erwerber führt. Denkbar ist auch, daß nur ein Vertrag mit der Gesamtheit der Erwerber zustande kommt. Selbst wenn man aber unterstellt, daß der Vertragsschluß mit dem Betreuer für den Handwerker eine einfachere Abwicklung bewirkt, so ist damit nicht sicher, daß der Handwerker in jedem Fall nur so abschließen wollte. Ebenso starke Argumente können nämlich für den Willen des Handwerkers sprechen, mit den Erwerbern selbst zu kontrahieren. Insbesondere kann die Werklohnforderung erheblich sicherer sein: Der Handwerker hat nicht das Insolvenzrisiko des Betreuers - häufig eine juristische Person - zu tragen, und er hat die Möglichkeit, im Erwerbsfall die Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek durchzusetzen¹. Entgegen der Entscheidung des LG Arnberg handelt es sich bei Heranziehung dieses Argumentes nicht

1) so auch jetzt BGH NJW 1980, 992

um eine bei der Auslegung unzulässige ex-post-Betrachtung. Unzulässig mag zwar sein, mit einer eingetretenen Insolvenz des Betreuers zu argumentieren. Das Insolvenzrisiko dagegen liegt abstrakt bereits bei Vertragsschluß offen, es kann daher berücksichtigt werden.

Es braucht hier nicht entschieden zu werden, ob ein Handwerker erfahrungsgemäß einer unproblematischeren oder einer sicheren Vertragsabwicklung den Vorzug geben würde. Jedenfalls aber sprechen nicht alle Aspekte der Interessenlage gegen den Vertragswortlaut. Dann aber muß davon ausgegangen werden, daß die Vertragsparteien sich selbst entschieden haben, welchen der gegensätzlichen Interessen der Vorzug gegeben werden sollte. Bei eindeutigen Vertragswortlaut liegt daher Handeln in fremdem Namen auch dann vor, wenn Betreuer und Erwerber eine Festpreisabrede getroffen haben.

b. Die Betreuervollmacht

Zu entscheiden ist weiter, ob der Betreuer in solchen Fällen auch Vollmacht hat. Wieder entgegen dem Wortlaut der Rechtsgeschäfte wird dies teilweise verneint. Festpreisabrede einerseits und Vertrag über die Vermittlung von Bauleistungen, verbunden mit einer entsprechenden Vollmachtserteilung, andererseits stellten in sich einen Widerspruch dar. In Wahrheit sei in diesen Fällen ein direkter Erwerb vom Betreuer gewollt. Dieser habe die Bauleistungen zu erbringen und nicht zu vermitteln. Die Vollmachtserteilung sei daher nicht ernstlich gewollt¹. Der gegenteilige Vertragswortlaut erkläre sich nur daraus, daß die Parteien bestimmte steuerliche Ziele verfolgten.

1) so uneingeschränkt LG Arnsberg, a.a.O.

Etwas einschränkend nehmen Pfeiffer¹ und das OLG Düsseldorf² einen Erwerb vom Betreuer und eine Unwirksamkeit der Vollmachtserteilung jedenfalls dann an, wenn die beabsichtigten steuerlichen Ziele nicht erreicht werden.

Um dem näher nachgehen zu können, sollen zunächst die steuerlichen Auswirkungen der Baubetreuung im engeren Sinne, so wie sie mit dem "Kölner Modell" angestrebt werden, zusammengestellt werden.

aa) Steuerrechtliche Auswirkungen des Baubetreuungsmodells

Die steuerrechtlichen Auswirkungen des Baubetreuungsmodells werden unter folgenden Gesichtspunkten zu würdigen sein: der Einkommenssteuer, der Umsatzsteuer und der Grunderwerbssteuer³.

(1) Einkommensteuer

Für die Einkommenssteuer ist entscheidend, inwieweit der Erwerb einer Eigentumswohnung sich auf die Einkünfte des Erwerbers auswirken. Dabei muß unterschieden werden zwischen dem Zeitraum des Erwerbsvorganges und dem anschließenden Haben der Immobilie. Ausgangspunkt ist § 2 Abs. 1 Nr. 6 EStG; der

1) NJW 1974, 1449

2) DB 1978, 1583

3) Nicht behandelt wird hier ein vierter Aspekt, die Grundsteuer: Werden bestimmte Wohnungsgrößen eingehalten (eigengutzte Eigentumswohnung: 144 m²; nicht eigengenuzte Eigentumswohnung: 108 m²), so ist die Wohnung für zehn Jahre grundsteuerfrei (vgl. näher Locher-Koeble, Rdn 57). An die Art der Errichtung oder des Erwerbes werden keine besonderen Anforderungen gestellt. Spezifische Auswirkungen hat die Baubetreuung insoweit also nicht

Erwerber wird vom Zeitpunkt der Inbenutzungsnahme an Einkünfte aus Vermietung oder Verpachtung haben. Diese sind seinen sonstigen in § 2 EStG genannten Einkünften hinzuzurechnen. Sind sie also positiv, erhöht sich das zu versteuernde Einkommen (§ 2 Abs. 4, Abs. 5 EStG), letztlich also die Steuerlast. Gerade dieses Ergebnis aber wollen die Erwerber, die über einen hohen Steuersatz verfügen, durch Wahl des Bauherrenmodells vermeiden. Entscheidend ist daher, inwieweit Ausgaben zur Minderung des Einkommens aus § 2 Abs. 1 Nr. 6 EStG, eventuell sogar zu negativen Einkünften führen. Solche Ausgaben werden selbstverständlich auch erforderlich, etwa in Form von Zinsen für das eingesetzte Fremdkapital, führen aber nicht zu dem geplanten steuerlichen Effekt. Diese Aufwendungen fallen nämlich im Jahr auch tatsächlich real an, oft sogar noch vor dem Anfall der Steuer. Da sie andererseits auch nicht zu einer offenen oder versteckten Vermögensbildung führen - sieht man einmal davon ab, daß das Fremdkapital den Erwerb des Wohnungseigentums und damit auch den Zuwachs am Verkehrswert der Immobilie erst möglich macht -, sind diese Einkunfts-minderungen letztlich unvorteilhaft. Echte Einkunfts-minderung, die nicht in einer spürbaren Ausgabe besteht, ist die Möglichkeit zur Absetzung für Abnutzung (AfA), §§ 7 und 7 b EStG. Sie beruht auf folgendem: Der Erwerb einer Immobilie ist einkommenssteuerrechtlich im Grundsatz ein irrelevanter Vorgang, weil er sich weder vermögensmehrend noch vermögensmindernd auswirkt. Die Hingabe des Entgelts, so wird fingiert, wird äquivalent durch den Erwerb der Immobilie ersetzt. Anders als Geld, so wertet das Einkommenssteuerrecht aber weiter, sinken Häuser durch Zeitablauf im Wert. Dieser Verlust wird mit starren Sätzen ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Umstände vermutet. Er gilt steuerrechtlich also auch dann als gegeben, wenn in Wahrheit - etwa wegen Wohnungsknappheit - der Wert stark steigt.

Die Absetzung für Abnutzung erfolgt bei Wohnungen nach einer Regel mit zwei Ausnahmen:

(a) Nach § 7 Abs. 4 EStG kann jeder Erwerber eines Gebäudes - gleich, ob er das Gebäude gekauft oder hat errichten lassen - zwei Prozent der Anschaffungs- oder Herstellungskosten als Verlust in die Einnahme-Ausgabe-Rechnung einstellen.

(b) Die Möglichkeit zu einer erhöhten AfA ergibt sich einmal aus § 7 b EStG. Die Vorteile dieser Vorschrift kann jeder Erwerber aber nur einmal geltend machen. Abgeschrieben wird wie folgt: Im Jahr des Erwerbs und in den sieben folgenden Jahren jährlich fünf Prozent, danach 2,5 Prozent der Kosten, jedoch nur bis zu einem Höchstbetrag von 150.000,-- DM und 200.000,-- DM bei Zweifamilienhäusern, bei Eigentumswohnungen also 150.000,-- DM. Im übrigen beurteilt sich die AfA nach § 7 Abs. 4 EStG. Ursprünglich setzte § 7 b EStG "Ersterwerb" voraus. Seit dem 1. Januar 1977 (§ 52 X EStG) gilt § 7 b EStG für die Herstellung und für jede Anschaffung. "Bauherr" zu sein, stellt also keinen besonderen Vorteil dar.

(c) Anders war es bis zum 1.1.1979, mit der anderen Ausnahme zu § 7 Abs. 4 EStG, der degressiven Abschreibung nach § 7 Abs. 5 EStG. Danach bestand nur für den Bauherrn die Möglichkeit, anstelle der Abschreibung nach § 7 Abs. 4 EStG folgende Sätze zu wählen: 3,5 Prozent in dem Jahr der Fertigstellung und den folgenden elf Jahren, 2 Prozent in den folgenden 20 Jahren und in weiteren 18 Jahren mit 1 Prozent der Herstellungskosten. Anders als bei § 7 b EStG findet eine Begrenzung auf einen bestimmten Betrag der Herstellungskosten nicht statt. Eine Kombination von § 7 b und § 7 Abs. 5 EStG ist nicht möglich. Damit war die Frage, ob man bei Erwerb einer Eigentumswohnung Bauherr ist, interessant, wenn der Erwerber § 7 b EStG bei anderen Bauwerken bereits ausgenutzt hatte oder generell beim Erwerb teurer Wohnungen. Das soll an einem Beispiel gezeigt werden:

Es wird eine Eigentumswohnung im Wert von 400.000,-- DM erworben (ohne Einbeziehung des Grundstücksanteilswertes, der nicht abschreibbar ist).

	Absetzung nach § 7 b EStG	Absetzung nach § 7 Abs.5 EStG
1.-8. Jahr	5% von 150.000 = 7.500 DM 2% von 250.000 = 5.000 DM insgesamt = 12.500 DM	3,5% von 400.000 = 14.000 DM
9.-12. Jahr	2% von 400.000 = 8.000 DM	3,5% von 400.000 = 14.000 DM
13.-32. Jahr	2% von 400.000 = 8.000 DM	2 % von 400.000 = 8.000 DM
33.-50. Jahr	2% von 400.000 = 8.000 DM	1 % von 400.000 = 4.000 DM

Wie das Beispiel zeigt, wird die Inanspruchnahme des § 7 b EStG erst vom 33. Jahr an, zu einem Zeitpunkt, wo die Wohnung erfahrungsgemäß finanziert ist, günstiger.

Dieses Motiv "Bauherrenmodelle" zu wählen, ist jedoch durch Steueränderungsgesetz vom 1.1.1979 weitgehend entfallen.

§ 7 Abs. 5 EStG gilt jetzt auch für Erwerber, die das Objekt bis zum Ende des Jahres der Fertigstellung erwerben. Die Bauherreneigenschaft dürfte damit für die einkommenssteuerrechtliche Entwicklung nach Fertigstellung nicht mehr von Bedeutung sein.

Damit ist aber noch nicht entschieden, daß sich die Bauherreneigenschaft einkommenssteuerrechtlich überhaupt nicht auswirkt. Zu betrachten ist vielmehr noch die Erwerbsphase selbst.

Es war schon dargelegt, daß das Entgelt für den Erwerb der Wohnung, beim Bauvertrag also der Werklohn, steuerrechtlich nicht relevant ist. Ihm steht als Kompensation der Erwerb der Immobilie entgegen. Anders ist es dagegen mit den Kosten, die anläßlich des Erwerbsvorganges anfallen. Für sie erhält der Erwerber kein Äquivalent im vorstehenden Sinn; sie müssen daher im Grundsatz als Werbungskosten bereits dann, wenn sie anfallen, voll absetzbar sein. Werbungskosten in diesem Sinn sind nun zwar sowohl bei Wohnungskauf als auch bei Errichtung aufgrund Werkvertrages denkbar. Der Besteller eines Werkes hat aber in der Herstellungsphase ungleich mehr und auch längere Zeit lang Aufgaben, deren Erledigung durch andere - den Baubetreuer - denkbar ist, so daß die Entgelte hierfür Werbungskosten sein können. Gelingt es nun, den Anteil der Werbungskosten gegenüber den Baukosten sehr hoch zu schrauben, so hat der "Bauherr" im Erwerbsjahr hohe Vorteile. Die Weiterführung des o. a. Beispiels mag das verdeutlichen:

Es soll unterstellt werden, daß der Bauherr der Eigentumswohnung von den 400.000,-- DM 60.000,-- DM Eigenkapital eingesetzt hat. Die 400.000,-- DM sollen sich in 60.000,-- DM Werbungskosten und 340.000,-- DM Baukosten aufteilen. Ausgaben und damit negative Einkünfte nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 EStG sind dann

Werbungskosten	60.000,-- DM
3,5 % von 340.000,-- DM	11.900,-- DM
(bei § 7 Abs. 5 EStG)	
insgesamt	71.900,-- DM

Legt man einen Spitzensteuersatz des Erwerbers von 56 % zugrunde, so ergibt sich eine Steuerersparnis von 40.264,-- DM. Der Eigenkapitaleinsatz ist also zu 2/3 erbracht.

Daher liegt nahe, daß die Initiatoren von Bauherrenmodellen versuchen, zu einem möglichst hohen Werbungskostensatz zu kommen. Um dies zu erreichen, werden die Aufwendungen durch eine Vielzahl von Einzelverträgen und durch Einschaltung zahlreicher Unternehmen gespalten. Die Finanzverwaltung hat sich deshalb mit der Frage, wann ein Erwerber Bauherr ist und welche Kosten sofort abschreibbare Werbungskosten und welche § 7 f EStG unterfallende Herstellungskosten sind, beschäftigen müssen. Ausgangspunkt war der Bauherrenenerlaß des Bundesfinanzministerium vom 31.8.1972¹ und verschiedene Verfügungen der Oberfinanzdirektionen.

Da diese zum Teil erheblich voneinander abweichen, wurde allgemein eine Vereinheitlichung gefordert². Dies ist inzwischen erfolgt; die Verfügung der verschiedenen Oberfinanzdirektionen stimmen jetzt im wesentlichen überein. Im folgenden soll von der Verfügung der Oberfinanzdirektion Münster vom 2.10.1978 ausgegangen werden³. Danach ist den Werbungskosten betragsmäßig eine Grenze gesetzt worden. Sie dürfen 15-20 % der Gesamtaufwendungen oder 100 % des Eigenkapitaleinsatzes nicht überschreiten.

Das obige Beispiel enthält also bereits Grenzwerte des Zulässigen. Außerdem sollen die einzelnen Werbungskosten sorgfältig daraufhin untersucht werden, ob sie in Wahrheit Herstellungskosten sind. Der jetzige Stand der Finanzamtspraxis läßt sich etwa wie folgt darstellen⁴:

- 1) BStBl. 1972 I, 486 = DB 1972, 1749; vgl. dazu Pfeiffer, NJW 1974, 1449; zustimmend: BFH, DB 1973, 1628
- 2) vgl. Hirschfeld, DB 1978, 1005
- 3) OFD Münster, 2.10.1978, S. 2253 - 14 St 11-32; vgl. weiter OFD Hannover, DB 1978, 2047 = BB 1978, 1448
- 4) nach Hennemann, Bauherrenmodelle, Anerkennung der Bauherrengemeinschaft und der Werbungskosten, unveröffentlichte Hausmitteilung der LBS Münster
möglicherweise noch enger jetzt BFH BB 1980, 1137

Zinsen	Werbungskosten, soweit vom Gläubiger bescheinigt
Zinsfreistellungs- gebühren	zeitanteilig abzugsfähig
Damnum, Disagio usw.	Werbungskosten in marktüblicher Höhe
Finanzierungs- Ver- mittlungs- und Bear- beitungsgebühren	2 % des vermittelten Darlehns
Darlehns-sicherung	0,5 % des Gesamtaufwandes (nur für Vorauszahlungen)
Baubetreuungsgebühren	50 % der Gebühren, höchstens 2 % der Gesamtauf- wendungen
Vermittlungsgebühren, Systemberatung u.a.m.	kein Werbungskostenabzug
Gebühren für Preis- steigerungskosten, Fertigungs-, Ver- tragsdurchführungs- garantie	kein Werbungskostenabzug
Bürgschaftsgebühr für Finanzierung	2 % des verbürgten Betrages
Treuhandgebühren	50 % der Gebühren, höchstens 1 % der Gesamtauf- wendungen
Gebühren für Ver- mietung	bis zu zwei Monatsmieten
Gebühren für Ver- mietungs-garantie	3 % des risikobehafteten Betrages
Vorbereitungskosten, Werbung weiterer Bauherren	keine Werbungskosten
Steuerberatungs- kosten	voll Werbungskosten bei laufender Beratung
Versicherungen	voll Werbungskosten

(2) Die Grunderwerbssteuer

Nach den Grunderwerbssteuergesetzen der einzelnen Bundesländer ist die Veräußerung eines Grundstücks - Befreiungstatbestände einmal außer Betracht gelassen - mit 7 % des Kaufpreises steuerpflichtig. Der Bau eines Gebäudes ist dagegen grunderwerbssteuerrechtlich irrelevant. Damit liegt der erhebliche Unterschied auf der Hand: Wer eine Eigentumswohnung kauft, unterliegt mit dem gesamten Kaufpreis der Grunderwerbssteuer; wer dagegen nur als Grundstückskäufer (und Besteller der Bauleistungen = Bauherr) angesehen werden kann, versteuert nur den Wert des Grundes und Bodens¹. Die grunderwerbssteuerrechtlichen Befreiungstatbestände spielen hier praktisch keine große Rolle. Grundsteuerfreibeträge bestehen in der Höhe von 250.000,-- bis 300.000,-- DM, und dies auch nur in dem Fall, daß die Wohnung innerhalb von fünf Jahren nach Bezugsfertigkeit mindestens ein Jahr lang selbst von Ehegatten oder Verwandten in gerader Linie benutzt wird. Diese Eigennutzung wollen aber Kapitalanleger in der Regel nicht.

(3) Die Umsatzsteuer

Ist der Erwerber Bauherr, so wird ihm das Gebäude aufgrund des Werkvertrages mit dem Bauunternehmer verschafft. Dieser aber ist umsatzsteuerpflichtig und stellt dem Erwerber die Umsatzsteuer in Rechnung (zur Zeit 13 %). Sie stellt in diesem Verhältnis einen normalen Bestandteil

1) vgl. hierzu BFHE 113, 545 und Nds. FG vom 31.8.1976 - III 20/75 - wiedergegeben: Steuer und Kapital 1977, Nr. 9. Beide Urteile weisen darauf hin, daß dieser Vorteil nur bei wirklicher Bauherreneigenschaft eintreten kann; dazu unter (4); vgl. weiter FG Düsseldorf, Urteil vom 15.6.1977 - III 98/72 -

der Vergütung dar. Für den Erwerber = Bauherr stellt sich aber die Frage, ob er deshalb hinnehmen muß, daß die Umsatzsteuer nur Teil der abschreibungsfähigen Herstellungskosten ist, oder ob er seinerseits die gesamten 13 % sofort als Vorsteuerabzug wiedererhalten kann. Ein Vorsteuerabzug ist nicht möglich, soweit nur ein Zusammenhang mit umsatzsteuerfreien Vorgängen besteht. Der Erwerber einer Eigentumswohnung plant deren Vermietung. Dies ist nach § 4 Nr. 12 UStG umsatzsteuerfrei. Es besteht jedoch nach §§ 9 und 19 Abs. 4 UStG die Möglichkeit, auf diese Befreiung zu verzichten und für die Mehrwertsteuer zu optieren, wenn an einen Gewerbetreibenden vermietet wird. Bei der Errichtung von Teileigentum kann dies ein erheblicher Vorteil für den Bauherrn sein. Er setzt 13 % des Werklohn sofort beim Finanzamt in Rechnung. Zwar muß er nun für die Miete laufend Mehrwertsteuer zahlen; dies ist aber unschädlich, weil er diesen Betrag wieder seinem Mieter in Rechnung stellt, der ihn seinerseits im Wege des Vorsteuerabzugs geltend macht. Es tritt also keine echte Mietpreiserhöhung, die die Vermietbarkeit erschweren könnte, ein¹.

(4) Einkommenssteuerliche Auswirkung der Veräußerung

Letztlich ist die einkommenssteuerrechtliche Auswirkung einer späteren Wohnungsveräußerung zu beachten. Veräußerungsgewinne sind keine Einkünfte iSd § 2 EStG, solange es sich nicht um Einkünfte aus Gewerbebetrieb handelt, § 2 Abs. 1 Nr. 2 EStG².

1) zur Zwischenschaltung gewerblicher Vermieter bei Wohnungseigentum vgl. Hennemann IStB 1978, 137; vgl. weiter "notabene"-Einlage in BB 1978; März, mwN aus der Rechtsprechung auch zum Gestaltungsmißbrauch

2) vgl. dazu Rdvfg OFD Stuttgart, S. 224o A-3-St 34, vom 15.10.1976; Steuer und Kapital 9/77

Eine Grenze bildet nur § 2 Nr. 7 iVm §§ 22 Nr. 2, 23 EStG. Die Veräußerung darf kein Spekulationsgeschäft sein. Dies ist bei Immobilien nicht der Fall, wenn der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung mindestens zwei Jahre beträgt. Für eine nach dem Bauherrenmodell erworbene Eigentumswohnung besteht also die Möglichkeit, unter Ausnutzung des Vorgenannten die Steuerquote zu senken, die Sperrfrist und eine erhebliche Verkehrswertsteigerung der Immobilie abzuwarten und dann einkommenssteuerfrei einen Gewinn zu machen.

(5) Anforderungen an die Bauherreneigenschaft

Es zeigt sich also, daß in letzter Zeit die steuerlichen Unterschiede zwischen Wohnungskauf und "Bauherrenmodell" abgeflacht sind, aber insbesondere im Bereich der Verkehrssteuern noch nachhaltig bestehen. Dies hat die Finanzverwaltung veranlaßt, die steuerlichen Anforderungen an die Bauherreneigenschaft umfassend in den Bauherren-erlassen zu regeln¹. Bauherr ist danach, wer auf eigene Rechnung und Gefahr ein Gebäude baut oder bauen läßt². Er muß also die mit der Bauerstellung verbundenen Risiken, das "Bauherrenwagnis" tragen. Die Bauherrenerlasse verlangen zur Ausfüllung dieser Voraussetzung:

- Die Verträge müssen spätestens kurze Zeit nach der Bauerrichtung (Fertigstellung Kellerdecke) geschlossen sein.
- Der Erwerber muß die Möglichkeit haben, auf den Bau Einfluß zu nehmen. Im Rahmen des konstruktionsbedingten Spielraums muß er die grundrißmäßige Einteilung der Wohnung ändern können.

1) vgl. oben S. 69

2) vgl. auch BGH NJW 1980, 992, 993; Locher-Koeble, Rdn 9 BFH BB 1980, 1137

- Dem Erwerber (und nicht dem Betreuer) muß die Baugenehmigung erteilt worden sein. Auch die Einholung durch den Treuhänder für noch nicht feststehende Bauinteressen ten spricht gegen deren spätere Bauherreneigenschaft.
- Betreuer und Treuhänder dürfen dem Erwerber keinen Festpreis garantieren. Bei Vereinbarung eines Höchstpreises muß vertraglich ein Rückerstattungsanspruch eingeräumt werden.
- Der Erwerber muß die Möglichkeit haben, jederzeit die Rechnungen einzusehen.
- Der Erwerber muß die Versicherungen auf seinen Namen abschließen.
- Der Erwerber muß die Darlehen auf seine Person bewilligt bekommen haben.
- Der Erwerber muß schon vor Baubeginn Grundstückseigentümer sein.
- Die Bauverträge müssen im Namen der Erwerber abgeschlossen sein.
- Der Baubetreuer darf den Bauhandwerker nicht die Zahlung durch die Erwerber garantieren.

Diese Kriterien sind nicht kumulativ oder alternativ zu prüfende Tatbestandsvoraussetzungen, sondern Indizien. Die Entscheidung hat also letztlich aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung des Modells zu erfolgen¹. Aus-

1) Herrmann-Heuer, Rdn 88; vgl. auch BGH NJW 1980, 992, 993: "Wenn danach auch nicht immer sicher vorausgesagt werden kann, daß der Bauinteressent schließlich als 'Bauherr' anerkannt wird ..."

drücklich soll der Bauherrenenerlaß nur für die einkommenssteuerrechtliche Prüfung gelten. Diese Einschränkung ist jedoch abzulehnen. Innerhalb des Steuerrechtes kann man nur von ein und demselben Begriff des Bauherrn ausgehen¹. So wird, soweit ersichtlich, der Bauherrenenerlaß auch praktiziert.

bb) Auswirkungen auf die Praxis der Vertragsgestaltung

Der Bauherrenenerlaß ist auf die Praxis der Vertragsgestaltung nicht ohne Einfluß geblieben. Den Entscheidungen des BGH² und des LG Arnsberg³ lagen noch Sachverhalte zugrunde, in denen sich der Betreuer von den Erwerbern ein Festpreisversprechen hatte geben lassen. Diese schuldeten also, nimmt man die Verträge wörtlich, zwei Gläubigern: dem Baubetreuer aus diesem Versprechen, den Handwerkern den Werklohn.

Heute werden üblicherweise andere Vereinbarungen getroffen: Die Erwerber schulden dem Betreuer keinen Festpreis, sondern haben nach einem Zahlungsplan bestimmte Beträge bereitzustellen, mit denen der Betreuer die Handwerker bezahlt und die übrigen Aufwendungen (Zwischenfinanzierungen, Betreuergebühren, Gebühren für öffentlich-rechtliche Genehmigungen etc.) bestreitet. Für seine Tätigkeit erhält der Betreuer eine vorher feststehende Gebühr, meist in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes der geschätzten Baukosten. Auf dieser Basis gibt es zwei verschiedene Absprachen zum Gesamtpreis:

1) so auch Hennemann, a.a.O.: "das ließe sonst den Verdacht aufkommen, daß sich die Verwaltung von einem für sie günstigen oder ungünstigen Ergebnis leiten ließe."

2) BGH NJW 1977, 294

3) LG Arnsberg, NJW 1978, 1588

Die Festpreisgarantie: Der Betreuer verspricht, daß der Erwerber insgesamt lediglich einen bestimmten Preis zu zahlen hat. Übersteigt der tatsächliche Gesamtaufwand diesen, so hat der Betreuer den Erwerber insoweit freizustellen. Wird er unterschritten, so erhält der Betreuer den Unterschiedsbetrag als zusätzliche Gebühr. Hier eine in der Praxis verwandte Klausel:

"... Die garantierten Gesamtherstellungskosten beinhalten die Gesamtkosten für die Herstellung der schlüsselfertigen Eigentumswohnung(en), insbesondere die Baukosten, sämtliche mit dem Bauvorhaben verbundenen Erschließungskosten, die Zwischenfinanzierungskosten bis zur Bezugsfertigkeit sowie die übrigen in Anlage 2 gesondert genannten Werbungskosten, das Honorar für die vom Betreuer zu erbringende wirtschaftliche Betreuungstätigkeit von 4 % des Gesamtaufwandes sowie das Honorar für die technische Betreuung gemäß Gebührenordnung für Architekten (GOA) und eine Vergütung für die übernommene Festpreisgarantie. Diese Vergütung besteht in dem Unterschiedsbetrag zwischen den tatsächlichen und den garantierten Gesamtherstellungskosten. Ferner sind in den garantierten Gesamtherstellungskosten die Notar- und Grundbuchkosten für die dingliche Sicherung der Fremdmittel enthalten.

- c) Zwischenfinanzierungskosten, die während der Bauzeit anfallen, soweit sie 9,5 % des in der Anlage 1 zu diesem Vertrag ausgewiesenen Finanzierungsbetrages (Gesamtaufwand ./ . Eigenkapitalleistung) überschreiten;
- d) die vom Bauherrn an den Treuhänder gemäß dem Betreuungs- und Verwaltungsvertrag zu zahlenden Gebühren;
- e) die vom Bauherrn in bezug auf das Bauvorhaben zu zahlende Beratungsgebühr.

Die Gesamtherstellungskosten und die in Absatz 3 genannten Beträge (mit Ausnahme des Damnums und der in Absatz

3 e aufgeführten Gebühr) ergeben die Gesamtkosten gemäß Anlage 1 zu diesem Vertrag, und diese sind vom Bauherrn zu finanzieren. Die Finanzierung kann sich ändern, wenn vorgesehene Mittel nicht oder nicht in vollem Umfange zur Verfügung stehen. Für seine Finanzierung ist der Bauherr selbst verantwortlich. Der Betreuer übernimmt keine Gewähr für die vorgesehene Finanzierung.

Die Herstellungskostengarantie gemäß Absatz 2 gilt unter der Voraussetzung, daß das Bauvorhaben entsprechend den bei Abschluß dieses Vertrages vorliegenden und von beiden Vertragsparteien anerkannten Bauzeichnungen und Baubeschreibungen errichtet wird. Wenn bis zum Abschluß des Bauvorhabens die Plangestaltung und/oder die Bauausführung auf Wunsch des Bauherrn, mit seiner Zustimmung, aufgrund eines Beschlusses der Bauherrengemeinschaft oder aufgrund behördlicher Auflagen und Bedingungen gehändert werden, so sind daraus durch höhere Gewalt entstehende und vom Betreuer getragene und verauslagte Mehrkosten vom Bauherrn zusätzlich an den Betreuer zu zahlen.

In den Gesamtherstellungskosten sind folgende Kosten nicht enthalten:

- a) der Grundstückskaufpreis;
- b) das Damnum bzw. Disagio für die Dauerfinanzierung, auch soweit dieses vor der Bezugsfertigkeit zu zahlen sein sollte oder gezahlt wird ..."

Ebenso wie die Festpreisvereinbarung gefährdet diese Festpreisgarantie die steuerliche Anerkennung des Erwerbers als Bauherr. Sie wird daher bisweilen in einer gesonderten Urkunde "unter dem Tisch" getroffen und den prüfenden Finanzämtern nicht vorgelegt.

Die Höchstbetragsgarantie: Der Betreuer verspricht die Freistellung des Erwerbers von aller Inanspruchnahme, die über einen bestimmten Gesamtbetrag hinaus erfolgt. Wird dagegen der Garantiebetrug unterschritten, so begründet dies keine Rechte des Betreuers. Er hat, wenn er mehr empfangen hat, diese Beträge zurückzugeben. Die Höchstpreisgarantie entspricht dem Bauherrenenerlaß. Sie ist geradezu aus ihm entnommen.

cc) Auswirkungen der Preisvereinbarung auf die Vollmacht

Die Ablehnung einer wirksamen Vollmachtserteilung ist, soweit ersichtlich, nur für den Fall der Festpreisvereinbarung zwischen Betreuer und Erwerber erörtert worden. Lediglich Pfeiffer¹ stellt die Festpreisgarantie (ohne nähere Erörterung) der Festpreisvereinbarung gleich. Im folgenden sollen alle drei Preisabsprachen erörtert werden.

Gemeinsamer Ausgangspunkt aller, die von der Unwirksamkeit der Vollmacht ausgehen, ist, daß die Vollmacht nicht ernstlich gewollt sei. Die nähere Begründung dieses im Wege der Auslegung gefundenen Ergebnisses ist jedoch unterschiedlich:

Das LG Arnsberg begründet die Unwirksamkeit mit §§ 116 ff, "wobei dahinstehen kann, ob sich diese Rechtsfolge aus § 116 S. 2 (geheimer Vorbehalt) oder aus § 117 Abs. 1 (Scheingeschäft) ergibt"².

Pfeiffer gewinnt seine Ergebnisse im Wege der Auslegung, sieht dabei aber "eine gewisse Verwandtschaft mit der

1) NJW 1974, 1449

2) NJW 1978, 1589

protestatio facto contraria oder den Tatbestand des Umgehungsgeschäftes"¹.

Das OLG Düsseldorf legt sich insoweit nicht fest und spricht ausschließlich von Auslegung².

(1) Ein Umgehungsgeschäft setzt voraus, daß an sich fehlerfreie Willenserklärungen vorliegen, wobei der Inhalt des Rechtsgeschäftes aber gegen den Normzweck eines Verbotsgesetzes verstößt. Grund für die Unwirksamkeit ist also der Gesetzesverstoß und nicht ein Fehler in der Willenserklärung³. Auch nur eine Paralle zum Umgehungsgeschäft besteht daher nicht, wenn man auf die mangelnde Ernstlichkeit der Erklärung abhebt.

Soll aber mit der Verwendung des Begriffes "Umgehungsgeschäft" zu Ausdruck gebracht werden, daß steuerlich nachteilige Folgen eines Wohnungskaufes "umgangen" werden, so wird damit der Einfluß des Steuerrechts auf das Zivilrecht überzogen. Grundsätzlich ist nämlich das Steuerrecht an die zivilgerichtliche Ausgestaltung gebunden. Ist die Vollmacht also ernstlich gewollt und trifft daselbst auch auf den Vertrag über die Vermittlung von Bauleistungen zu, so ist dies - möglicherweise - steuerlich zu beachten. Umgekehrt führt dagegen nicht allein das Ausnutzen steuerlich günstiger Möglichkeiten zur zivilrechtlichen Unwirksamkeit⁴.

1) NJW 1974, 1451

2) DB 1978, 584

3) vgl. auch Staudinger-Dilcher, § 117 Rdn 32 mwN
auch für die früher gesehene Parallele zwischen Schein- und Umgehungsgeschäft

4) vgl. Flume, § 20, 1 a cc; Staudinger-Dilcher, § 117 Rdn 35

(2) Unter einer "protestatio facto contraria" versteht man eine Verwahrung vor bestimmten Rechtsfolgen bei gleichzeitigem eindeutigen konkludenten Verhalten¹. Die wohl überwiegende Literatur sieht die protestatio als unbedeutend an und kommt so zum Vertragsschluß². Teilweise wird in diesen Fällen auch ein Vertragsschluß kraft sozialtypischen Verhaltens angenommen³. Andere lehnen das Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes ab und lösen über gesetzliche Ausgleichsansprüche⁴.

Gegen das Vorliegen einer protestatio im hier zu entscheidenden Fall spricht, daß es nicht um einen ausdrücklich erklärten Geltungsvorbehalt im Widerspruch zu konkludentem Verhalten geht. Eher ist es hier umgekehrt: Die Vollmachtserklärung ist von ihrem Wortlaut her eindeutig. Ihre Nichtgeltung soll sich aus den Umständen ergeben. Es geht also um die Auslegung einer Erklärung unter Zuhilfenahme der Gesamtumstände. Dazu aber ist das auf krasse Vorbehaltsfälle zugeschnittene Institut der protestatio facto contraria nicht geeignet.

Letztlich muß man berücksichtigen, daß die Wertung, es verhalte sich jemand widersprüchlich, den Vorwurf der Unredlichkeit gegenüber dem Vertragspartner enthält. Dies paßt aber für den vollmachtgebenden Erwerber nicht. Widersprüchlich kann nur sein, was aus der Sicht des Erklärungsempfängers völlig überraschend kommt und mit einem berechtigten Vertrauen des Empfängers nicht in

1) typisch: BGHZ 21, 319: ein Parkplatzbenutzer fährt auf den gebührenpflichtigen Platz, er erklärt dabei aber dem Wächter, er werde nicht bezahlen

2) Flume, § 5, 5

3) Larenz AT, § 28 II, so hat auch BGHZ 21, 319 gelöst

4) Münchener Kommentar-Kramer, vor § 116 Rdn 39 mwN

Einklang steht. Vollmachtsempfänger ist der Betreuer. Dieser hat meist die Urkunde selbst vorformuliert. Die Annahme, er werde jetzt mit ihr vom Erwerber überrascht, ist deshalb nicht haltbar. Das Institut der protestatio facto contraria paßt daher auf die Betreuervollmacht nicht.

(3) § 116 (geheimer Vorbehalt) setzt voraus, daß eine an sich fehlerfreie Willenserklärung mit vollständigem inneren und äußeren Tatbestand vorliegt, ein Geltungsvorbehalt zwar gedacht, aber nicht miterklärt wird¹. Wird dieser dann dennoch vom Erklärungsgegner erkannt, so ist die Erklärung nach § 116 S. 2 nichtig. Für diese Vorschrift fehlt es hier an allen Voraussetzungen. Zum einen fehlt bei mangelnder Ernstlichkeit der innere Erklärungstatbestand ganz, es liegt nicht nur ein Vorbehalt vor. Zum anderen setzt § 116 qua definitione voraus, daß zwischen Erklärendem und Empfänger kein Konsens besteht, der Erklärende also über seine wahren Absichten täuschen will. Dies scheidet ebenfalls bereits deshalb aus, weil der Betreuer die Vollmachtsurkunde vorformuliert hat².

(4) Die Vollmacht könnte aber nach § 117 unwirksam sein. Ergebnis wäre dann: Ein Vertrag über die Vermittlung von Bauleistungen ist nicht zustande gekommen, eine Vollmacht ist nicht erteilt, § 117 S. 1; die Bauverträge mit den Handwerkern sind nicht mit Wirkung für und gegen die Erwerber geschlossen. Dagegen liegt zwischen Erwerber und Betreuer ein Vertrag vor, wonach der Betreuer die Bauleistung (oder das fertige Haus) selbst schuldet, § 117 S. 2.

1) Staudinger-Dilcher, § 116 Rdn 2

2) so auch Crezelius, NJW 1978, 2159

Dieses Ergebnis soll sich nach Auffassung des LG Arnberg¹ insbesondere aus dem Festpreisversprechen ergeben. Das Festpreisversprechen sei nicht mit der Auslegung zu vereinbaren, daß der spätere Eigentümer den Bauträger bevollmächtigt und dieser nur die Bauleistungen zu vermitteln habe.

Richtig ist daran, daß Leistungs- und Gegenleistungsverprechen sich nicht decken. Geschuldet wird nach dem Wortlaut des Vertrages die Vermittlung von Bauleistungen. In Ausführung dieses Leistungsinhaltes wird auch die Vollmacht erteilt. Die dazu passende Gegenleistung wäre ein Entgelt für die Vermittlungstätigkeit, das tätigkeits-, aber auch erfolgsbezogen sein kann, je nachdem, mit welcher Intention die Vermittlungstätigkeit versprochen ist. Hinzu käme dann ein Anspruch des Betreuers auf Aufwendungsersatz aus §§ 675, 670. Stattdessen aber ist der Erwerber gegenüber dem Betreuer ein Zahlungsverprechen auf Erfüllung einer Festpreisverpflichtung eingegangen. Dies paßt seinerseits nur zu einer Leistungsverpflichtung, die alles erfaßt, was durch den Festpreis vergütet wird, insbesondere auch die Bauerstellung selbst.

Dieser "Leistung-Gegenleistung-Widerspruch" in ein und derselben Vertragsbeziehung müßte den Tatbestand des § 117 verwirklichen. Dazu sei er mit dem typischen Fall eines Scheingeschäftes, dem "Schwarzkauf" eines Grundstückes, verglichen. Der BGH hat erörtert, ob eine Parallele zwischen diesen Fällen vorliegt und dies letztlich verneint: Im hier zu entscheidenden Fall könnten die steuerlichen Ziele nur bei zivilrechtlich wirksamer Vertragsgestaltung erreicht werden. Schon daraus ergebe sich, daß die Vollmachtserteilung ernstlich gewollt sei. Daher sei sie nicht zum Schein erteilt, sondern ebenso wie der nur auf Vermittlung von Betreuerleistung gerichtete Baube-

1) NJW 1978, 1589

treuervertrag ernstlich gewollt¹.

Gegen diese Begründung bestehen Bedenken. Sie setzt voraus, daß die Parteien die zivilrechtlichen Nachteile um steuerlicher Vorteile willen in Kauf nehmen. Denkbar wäre aber auch, daß die Parteien nur gegenüber dem Finanzamt den Schein eines Betreuungsverhältnisses im engeren Sinne erzeugen, in Wahrheit aber etwas anderes wollen². Dann aber wäre, wie beim Schwarzkauf, § 117 gegeben.

Möglicherweise scheidet aber § 117 aus einem anderen, vorgelagerten Grund aus. Der typische Anwendungsfall des § 117 ist, daß aus der Sicht eines objektiven Beobachters zwei Abreden vorliegen: eine nicht ernstlich gewollte, § 117 S. 1, meist zur Täuschung Dritter³, und eine wirklich gewollte. Deutlich zeigt das der "Schwarzkauf": Die Vereinbarung mit dem niedrigen Preis soll das Finanzamt und den Notar täuschen, die mit dem höheren Preis ist die wirklich gewollte. Charakteristisch für den vollständigen Tatbestand des § 117 ist also die "Doppelbödigkeit" der Abrede. Die Parteien müssen also einverständlich⁴ zwei verschiedene Übereinkommen getroffen haben, von denen nur eine gelten soll. Gerade daran fehlt es hier aber: Hier liegt der Widerspruch nicht zwischen zwei, sondern innerhalb einer Vereinbarung. Zwei verschiedene Abreden ergeben sich nur, wenn man den Vertrag jeweils unter Eliminierung des widersprechenden Teils zu Ende denkt:

1) BGH NJW 1977, 294; zustimmend Crezelius, NJW 1978, 2159; jetzt auch NJW 1980, 992, 993

2) so LG Arnsberg, NJW 1978, 1590

3) Täuschungsabsicht ist zwar regelmäßig Motiv, nicht aber konstitutives Merkmal des Scheingeschäftes; Soergel-Hefermehl, § 117 Rdn 8

4) Münchener Kommentar-Kramer, § 117 Rdn 1

1. Möglichkeit: Es wird an die Festpreisabrede angeknüpft. Da der Festpreis das gesamte Entgelt für die schlüsselfertige Verschaffung der Wohnung darstellt, ist die dazu passende Gegenleistung die Bauerstattungsverpflichtung.

2. Möglichkeit: Es wird an die im Vertrag vorgesehene Leistungsverpflichtung des Betreuers angeknüpft. Diese besteht in der Verpflichtung zur Vermittlung von Bauleistungen in Ausübung der erteilten Vollmacht. Hierzu paßt als Entgelt eine Baubetreuungsgebühr und ein Aufwendungsersatzanspruch für verauslagte Beträge. Ist zusätzlich gewollt, daß der Betreuer für die Einhaltung bestimmter Baukosten einstehen soll, so liegt weiterhin ein entsprechendes Garantieverprechen des Betreuers gegenüber dem Erwerber vor.

§ 117 würde nun voraussetzen, daß die Parteien diese beiden Möglichkeiten gesehen, eine zum Schein und die andere wirklich gewollt hätten. Das ist jedoch nicht der Fall, wie sich schon darin zeigt, daß sie die Gesamtabrede dem Finanzamt gegenüber offenlegen. § 117 scheidet daher aus, weil die Parteien nicht übereinstimmend zwei Abreden, davon eine zum Schein, getroffen haben.

(5) Maßgeblich ist vielmehr nur, wie die e i n e von den Parteien getroffene Vereinbarung gemäß § 157 auszulegen ist. Ergibt sich, daß dem Wortlaut der Leistungsbeschreibung entsprechend nur die Vermittlung von Bauleistungen geschuldet ist, so ist auch die Vollmacht als wirksam erteilt anzusehen.

(a) Das OLG Düsseldorf¹ und Pfeiffer² wollen zwischen den beiden dargestellten Auslegungsmöglichkeiten unter

1) OLG Düsseldorf, DB 1978, 583

2) Pfeiffer, a.a.O.

Zuhilfenahme steuerrechtlicher Gesichtspunkte entscheiden. Der Baubetreuer soll in der Regel dem Erwerber den Bau selbst schulden, wenn der Erwerber steuerlich nicht als Bauherr anerkannt wird. OLG Düsseldorf, a.a.O.:

"... ist in der Regel anzunehmen, daß die Parteien mit den steuerrechtlichen auch die zivilrechtlichen Wirkungen wirklich gewollt haben. Das trifft aber nicht zu, wenn die zivilrechtliche Gestaltung auf der einen Seite ein besonders großes wirtschaftliches Risiko mit sich bringt, auf der anderen Seite aber nicht sicher eine Voraussetzung für den Steuervorteil schafft."

Damit erhält aber der Bauherrenenerlaß einen zivilrechtlichen Stellenwert, der nicht sachgerecht ist. Wie gezeigt, wird die steuerrechtliche Bauherreneigenschaft u. a. durch eine Vielzahl von Umständen indiziert, die mit der Vollmachtserteilung für den Abschluß der Bauverträge ersichtlich nichts zu tun haben. Erwähnt sei hier nur die Beschaffung der Finanzierungsmittel. Diese Kriterien sind hier offensichtlich sachfremd. Selbst wenn man jedoch ausschließlich auf die Festpreisabrede und Festpreisgarantie abstellt - bei einer Höchstbetragsgarantie entfielen dann die Nichtigkeit -, wäre der Zweck des Bauherrenenerlasses verfälscht. Der Bauherrenenerlaß will zunächst auch den Mißbrauch zivilrechtlich wirksamer Gestaltungen verhindern. Sein Zweck muß also aus dem Gesichtswinkel des § 42 AO gesehen werden. Seine Kriterien ergeben daher nichts für oder gegen zivilrechtliche Wirksamkeit einer Vertragsgestaltung, sondern ausschließlich für ihre steuerliche Bewertung.

(b) Die Entscheidung muß daher ausschließlich unter Zuhilfenahme des Wortlautes der Vereinbarung und der erkennbaren Parteiinteressen erfolgen. Dabei besteht kein Anlaß, vom Wortlaut einer schriftlichen Absprache abzuweichen, wenn dieser in sich widerspruchsfrei und nicht evident interessenwidrig und damit nicht gewollt ist.

Ein Widerspruch in der Vereinbarung fehlt sicher, wenn Betreuer und Erwerber eine Höchstpreisgarantie vorgenommen haben. Hier verbleibt sogar ein Teil des Bauherrenwagnisses beim Erwerber, was den Preis betrifft: Von Preisunterschreitungen wird er profitieren.

Auch die Vereinbarung einer Festpreisgarantie gibt letztlich keinen Anlaß, vom Leistungsbild der Vereinbarung abzuweichen. Da die Festpreisgarantie neben Gebührenversprechen und Aufwendungsersatz tritt, liegt bei ihr ein Widerspruch zwischen Leistungs- und Gegenleistungsvereinbarung nicht vor. Vielmehr tritt mit der Garantie neben die "passende" Gegenleistung noch ein weiteres Versprechen¹.

Der Widerspruch zwischen Leistungs- und Gegenleistungsvereinbarung besteht nur, wenn die Betreuungsleistung im engeren Sinne gegen Zahlung eines Festpreises versprochen ist. Nur in diesem Fall ist vom Wortlaut her zweifelhaft, ob letztlich Möglichkeit 1 (Bauleistungsverpflichtung zum Festpreis) oder Möglichkeit 2 (Baubetreuung, Vollmacht, Garantieverprechen) gewollt ist, oder ob eventuell der Widerspruch unauflösbar, die Erklärungen wegen Perplexität unwirksam sind. Spricht für letzteres auch der Wortlaut, so darf diese Möglichkeit

1) so im Ergebnis auch BGH NJW 1977, 294; anders: Pfeiffer, NJW 1974, 1449, der Festpreisgarantie und Festpreisabrede gleichstellt

jedoch erst dann einbezogen werden, wenn sämtliche Auslegungsmöglichkeiten erschöpft sind. Dabei ist von Bedeutung, daß die Auslegung entsprechend Möglichkeit 2 den geringsten Eingriff in den Vertragswortlaut fordert: der Leistungsumfang ist dann richtig beschrieben. Hinsichtlich der Gegenleistung löst sich der einheitliche Zahlungsanspruch des Betreuers zwar auf in einen Gebühren- und Aufwendungsersatzanspruch. Den Interessen des Erwerbers, letztlich nicht mehr als einen bestimmten Betrag zahlen zu müssen, wird aber dadurch Rechnung getragen, daß er eine Festpreisgarantie erhält. Möglichkeit 1 modifiziert nicht eine der Pflichten, sondern ersetzt sie auch vom wirtschaftlichen Erfolg her durch eine völlig andere: aus der Vermittlung wird die Leistung selbst. Insofern läßt sich mit dem BGH¹ sagen, daß das Festpreisversprechen "zwangloser" als Garantie verstanden werden kann als die Vermittlung als Leistungsverpflichtung selbst.

Gegen die Auslegung der Vereinbarung im Sinne von Möglichkeit 2 führt das LG Arnsberg² weiter an, daß für den Erwerber bereits im Regelfall die Gefahr doppelter Inanspruchnahme bestehe: Er müsse, weil er an den Betreuer und an den Handwerker zu zahlen habe, damit rechnen, bei Zahlung an einen von beiden auch vom anderen noch einmal in Anspruch genommen zu werden. Insbesondere: Zahle der Erwerber an den Handwerker, so hänge die Erfüllungswirkung gegenüber dem Betreuer davon ab, daß dieser ein solches Verhalten als Leistung nach § 364 Abs. 1 akzeptiere.

1) NJW 1977, 294, 295

2) NJW 1979, 1589, 1590 oben

Mit dem Einwand wird jedoch die Struktur der Auslegung nach Möglichkeit 2 verkannt; soweit an den Betreuer Beträge für die Bauausführung selbst gehen, so sind diese Aufwendungsersatz nach § 670. Zahlt der Erwerber direkt an den Handwerker, so hat der Betreuer insoweit keinen Aufwand, also auch keinen Anspruch nach § 670. Das gilt auch dann, wenn dem Erwerber ein solcher Zahlungsweg im Vertrag mit dem Betreuer verboten sein sollte. In diesem Fall mag die Zahlung an den Handwerker zwar eine Vertragsverletzung gegenüber dem Betreuer darstellen. Ansprüche auf Zahlung erwachsen diesem aber auch dann nicht aus § 670, sondern allenfalls - völlig anders geartet - aus positiver Vertragsverletzung, wenn dem Betreuer tatsächlich ein Schaden entstanden sein sollte.

Eine Gefahr doppelter Inanspruchnahme droht dem Erwerber daher gerade nicht für den Regel-, sondern für den Ausnahmefall, nämlich dann, wenn der Betreuer nach Erhalt von Aufwendungsersatz im voraus und vor dessen Weitergabe an die Handwerker in Vermögensverfall gerät. Dieses Risiko aber ist nicht spezifisch für die Baubetreuung, sondern entsteht allgemein, wenn jemand in einem Vorgang von vermögensmäßiger Bedeutung einen Vermittler auf seiner Seite einschaltet. Speziell für die Baubetreuung ist es jedoch dadurch gemildert, daß der Erwerber nach § 2 MaBV vom Betreuer bei Empfangnahme der Gelder Sicherheiten verlangen kann. Die Gefahr doppelter Inanspruchnahme ist daher vorhersehbar und begrenzt. Sie kann nicht dazu führen, den Vertragswortlaut der Leistungsbeschreibung zu entkräften.

Letztlich spricht gegen die mangelnde Ernstlichkeit der Vollmachtserteilung auch folgendes: Weil der Erwerber eine Vollmacht erteilt und den Betreuer gleichzeitig

verpflichtet, die Vollmacht zu benutzen, muß er damit rechnen, daß dies auch tatsächlich geschieht. Er weiß also, daß sich seine Erklärung über § 164 für Dritte, hier den Handwerker, auswirkt. Dieser Dritte braucht die steuerlichen Motive des Erwerbers nicht zu kennen. Auch dies ist für den Bevollmächtigenden erkennbar. Es kann also gesagt werden, daß der Erwerber die rechtsgeschäftliche (Weiter-) Wirkung seiner Vollmachtserteilung voraussieht und will. Damit aber hat er Geschäftswillen. Die Vollmacht besteht aus fehlerfreiem inneren und äußeren Tatbestand.

Weder Festpreisvereinbarung noch Fest- oder Höchstpreisgarantie haben daher auf den Charakter der versprochenen Leistung Einfluß. Ebenso sind die verfolgten oder tatsächlich erreichten steuerlichen Ziele nicht von Bedeutung.

dd) Sonderfälle

Zwei besondere Konstellationen bedürfen jedoch einer gesonderten Beurteilung:

(1) Beratungs- und Prozeßpraxis zeigen, daß Laien die Struktur von Baubetreuungsmodellen häufig unklar bleibt. Die Erwerber gehen oft davon aus, "sie hätten es nur mit dem Betreuer zu tun". Diese Wertung entspricht am ehesten noch der juristischen Konstruktion eines Wohnungskaufes. Die Überraschung ist dann groß, wenn ihnen bei Inanspruchnahme durch den Bauhandwerker der Bauvertrag und die von ihnen selbst unterzeichnete Vollmacht vorgelegt und erläutert werden. Diese Fehl-

Vorstellungen beruhen darauf, daß Betreuungsvertrag und Vollmacht vom Erwerber zwar unterschrieben, aber inhaltlich nicht zur Kenntnis genommen wurden. Maßgeblich für den Vertragsschluß war nur die Hoffnung auf irgendwelche Steuervorteile. Das Durchschauen der wirklichen Vertragsverhältnisse wird für sie durch eine komplizierte Vertragsgestaltung erschwert. Ein Beispiel aus der Praxis: Der Erwerber bevollmächtigt einen Treuhänder (X-GmbH), für ihn alle erforderlichen Verträge zum Erwerb einer Eigentumswohnung zu schließen (auf der Rückseite des Formulars noch weiter ausgeführt). Der Treuhänder schließt aufgrund dieser Vollmacht einen Baubetreuungsvertrag mit einem Baubetreuer (Y-GmbH) und erteilt dieser für die Erwerber Vollmacht. Gestützt darauf schließt der Baubetreuer den Bauvertrag mit dem Generalunternehmer (Z-GmbH) im Namen der Erwerber. Der Erwerber ist - veranlaßt durch eine Festpreisabsprache mit dem Betreuer - der Meinung, er habe gekauft.

Trotz dieser Umstände kann letztlich dem Erwerber auch hier keine Sonderstellung eingeräumt werden. Dem Erwerber war zwar der rechtliche Inhalt der von ihm abgegebenen Erklärung nicht genau und, soweit er Vorstellungen hatte, nicht richtig bekannt; klar war ihm jedoch, daß er mit Wirkung für sich einen rechtsgeschäftlichen Vorgang veranlaßte, dessen wirtschaftliche und rechtliche Tragweite er nicht kannte oder nicht übersah. Für diese Fälle ist anerkannt, daß sich der Erklärende am objektiven Tatbestand seiner Erklärung (ohne Anfechtungsmöglichkeit) festhalten lassen muß¹.

Eine Ausnahme ist nur dann zu machen, wenn der Erwerber bei Vornahme des Rechtsgeschäfts für den Betreuer klar

1) BGH NJW 1968, 2102; BGH NJW 1951, 705; Palandt-Heinrichs, § 119 2 b

zum Ausdruck bringt, nur kaufen zu wollen. Dies wird jedoch selten vorkommen, da es praktisch voraussetzt, daß der Erwerber die beiden verschiedenen Möglichkeiten kennt, aber dennoch den Inhalt des ihm Vorgelegten nicht richtig versteht. In diesem Fall ist der erkannte innere Wille des Erwerbers maßgeblich. Eine Vollmacht ist dann nicht erteilt. Der Schutz gutgläubiger Dritter kann jedoch im Einzelfall über Rechtsscheinsgrundsätze erfolgen¹.

(2) Zum anderen könnte der Fall besonders zu behandeln sein, in dem die Festpreisgarantie "schwarz" gegeben wird.

Auch in diesem Fall liegt eine fehlerfrei erklärte Vollmacht vor. Insbesondere greift § 117 nicht ein. Zwar haben die Parteien die Festpreisgarantie heimlich gegeben, in der Absicht, sie beim Finanzamt nicht vorzulegen. Insofern mag man von einem verdeckten Rechtsgeschäft sprechen können. Dies geschieht jedoch durch bloße Geheimhaltung, nicht dagegen - wie es § 117 erfordert - durch ein anderes Rechtsgeschäft: Betreuungsvertrag und Vollmacht verdecken also nicht das Garantieverprechen, sondern sind ebenfalls wirklich gewollt. Man könnte aber erwägen, eine Nichtigkeit nach § 134 anzunehmen, weil die Festpreisgarantie heimlich gegeben wurde, um dem Erwerber die steuerrechtliche Anerkennung als Bauherr zu erhalten. Verbotsgesetz könnte § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO, der Tatbestand der Steuerhinterziehung, sein. Ob ein Vertrag, mit dem eine Steuerhinterziehung verbunden ist, gemäß § 134 nichtig ist, wird allgemein differenziert beurteilt: Grundsätzlich soll dies nicht der Fall sein², wohl aber dann, wenn die

1) vgl. dazu unten S. 161

2) BGHZ 14, 30, 31; BGH LM 134 Nr. 57; BGH VersR 1978, 915

Steuerhinterziehung Hauptzweck des Vertrages ist¹.

Wendet man diese Definition an, so scheidet eine Nichtigkeit aus: Hauptzweck des gesamten Wohnungserwerbes müßte die Erzielung der Steuervorteile sein, die der Bauherr mehr als der sonstige Erwerber hat. Dies läßt sich aber bereits wegen der weitgehenden einkommenssteuerrechtlichen Gleichbehandlung nicht sagen. Außerdem dürfte § 134 aus einem weiteren Grund ausscheiden: Der Tatbestand der Steuerhinterziehung wird hier nicht bereits durch das Treffen der Festpreisgarantie, sondern durch die Nichtvorlage durch den Erwerber bei der Steuerprüfung verwirklicht. Die in isolierter Urkunde getroffene Festpreisgarantie kann auch noch nicht als Anfang der Ausführungshandlung hierzu gesehen werden. Damit liegt bei Vertragsschluß noch kein Steuerstraftatbestand vor. Auch aus diesem Grund greift § 134 nicht ein. Auch dieser Fall unterliegt keiner gesonderten Regelung.

Festpreisversprechen sind auf die Beurteilung des Vertrages im übrigen daher ohne Einfluß.

6. Handeln in fremdem Namen und für fremde Rechnung

Die Bedeutung, vor allem aber auch das Verhältnis der beiden Begriffe zueinander, wird in der Literatur und auch in der Rechtsprechung sehr verschieden verstanden. Teilweise wird das Merkmal "für fremde Rechnung" gemeinsam für die Baubetreuung im engeren und im weiteren Sinne gesehen (Locher); teilweise wird angenommen, es liege nur

1) OLG Koblenz, DB 1979, 833; vgl. weiter Palandt-Heinrichs, § 134, 3 a, unter dem Stichwort "Steuerrecht"

bei der Baubetreuung im engeren Sinne vor (Korbion: "Hier liegt ein Handeln des Betreuers im Namen und im Auftrag des Auftraggebers vor, insbesondere wird auf dessen Rechnung gebaut."¹). Das OLG Hamm verzichtet für § 34 c GewO und die MaBV ganz darauf².

Um dem näher nachgehen zu können, muß zunächst die genaue Bedeutung der Begriffe geklärt werden. Handeln "in fremdem Namen" kennzeichnet das Außenverhältnis, wie sich aus § 164 eindeutig ergibt. Das Merkmal "für fremde Rechnung" wird in § 34 c GewO zwar verwandt, aber auch dort nicht näher bestimmt. Aus der Vorschrift läßt sich aber etwas zu seiner näheren Bestimmung entnehmen: neben dem Begriff "für fremde Rechnung" wird der Begriff "in fremdem Namen" verwandt. In wessen Namen gehandelt wird und für wessen Rechnung, ist also nicht dasselbe. Damit liegt nahe, daß das Merkmal "für fremde Rechnung" nicht das Außen-, sondern das Innenverhältnis meint³. Ob der Betreuer für eigene oder für fremde Rechnung handelt, beurteilt sich daher nach den zwischen Betreuer und Erwerber getroffenen Verträgen.

"Für fremde Rechnung" muß dabei mehr bedeuten als bloßes Handeln in fremdem Interesse oder nach Weisung eines anderen. Es liegt also nicht bereits dann vor, wenn der Betreuer das Wohnungseigentum nach den Wünschen des Erwerbers errichtet oder das Grundstück, auf dem das Gebäude errichtet werden soll, so aussucht, wie die Erwerber es wollen.

1) Ingenstau-Korbion, Anhang, Rdn 70 a

2) vgl. oben S. 39

3) diese Bedeutung hat der Begriff auch in § 383 HGB

"Rechnung" charakterisiert vielmehr, wen im Verhältnis zueinander die wirtschaftlichen Folgen der Bauerrichtung selbst treffen sollen. Dies müssen bei Handeln des Betreuers für fremde Rechnung die Erwerber sein.

Eine solche Folge kann bereits durch entsprechendes Handeln im Außenverhältnis herbeigeführt werden: Handelt der Betreuer bei Abschluß der Bauverträge in fremdem Namen und mit Vertretungsmacht, so treffen die Folgen des Rechtsgeschäftes gemäß § 164 die Erwerber. Gleiches gilt für die Grundstücksbeschaffung. Daraus folgt aber weiter, daß Handeln in fremdem Namen denknöwendig Handeln für fremde Rechnung ist.

Umgekehrt gilt dies nicht: Auch wenn der Betreuer in eigenem Namen gehandelt hat, kann dies für Rechnung der Erwerber geschehen sein (sog. mittelbare Stellvertretung). Maßgeblich ist nur, ob der Betreuer gegenüber dem Erwerber auch hier nur die Vermittlung der Bauleistungen der Handwerker schuldet. Im Außenverhältnis zu den Handwerkern wird dann allein der Betreuer berechtigt und verpflichtet. Im Innenverhältnis zu den Erwerbern ist er über §§ 675, 676 von diesen Verpflichtungen freizustellen. Die Erwerber haben es entweder durch Erfüllungsübernahme, § 329, übernommen, an die Handwerker zu zahlen, oder aber müssen vom Betreuer aus eigenen Mitteln vorauslagte Beträge ersetzen. Der Betreuer hat seinerseits bei ihm aufgrund der Bauverträge eintretende Vorteile an die Erwerber weiterzugeben. Dies folgt jedoch nicht aus einer eigenen Bauleistungsverpflichtung, sondern aus der Herausgabepflicht nach § 667.

Entsprechendes gilt, wenn der Betreuer das Grundstück in eigenem Namen, aber für Rechnung des Erwerbers er-

werben soll¹. Auch hier folgt die Pflicht zur Weiterüberreignung an die Erwerber aus § 667. Auf solche Verträge zwischen Betreuer und Erwerber ist § 313 daher nicht anzuwenden, weil sich der Betreuer gegenüber dem Erwerber nicht zur Überreignung verpflichtet hat; hier schuldet der Betreuer ja nicht die Verschaffung selbst, sondern nur kraft Gesetzes, § 667, die Weitergabe. Nach der Neufassung des § 313 ergibt sich eine Pflicht zur Beurkundung jedoch deshalb, weil der Betreuer sich zunächst verpflichtet, das Grundstück zu erwerben².

In allen Fällen des Handelns für fremde Rechnung stellen also Beträge, die der Betreuer von dem Erwerber erhält, um damit den Bau errichten zu lassen oder sonstige Nebenkosten zu bestreiten, nicht Vergütung des Betreuers, sondern Aufwendungsersatz dar. Daraus kann sich eine Treuhänderstellung des Betreuers ergeben, die im Falle der Insolvenz des Betreuers für die übrigen Beteiligten von Bedeutung wird. Nach einhelliger Meinung liegt nämlich jedenfalls dann ein Treuhandverhältnis vor, wenn "der Treugeber aus seinem Vermögen dem Treuhänder einen Gegenstand zu treuen Händen anvertraut, d. h. übereignet, und zwar derart, daß der andere das übertragene Recht in eigenem Namen ausüben, aber nicht zu seinem Vorteil gebrauchen soll"³.

Dies liegt bei nach § 670 empfangenen Geldern vor. Bei Vertragsschluß in fremdem Namen ergibt es sich daraus, daß der Betreuer mit dem Geld, das von den einzelnen

1) vgl. zu solchen Fällen BGH WM 1967, 531; BGH WM 1967, 1037

2) inzwischen wohl einhellige Meinung RGRK-Ballhaus, § 313 Rdn 32; Münchener Kommentar-Kanzleiter, § 313 Rdn 22; Palandt-Heinrichs, § 313, 5 a; vgl. weiter Brych, DB 1979, 1590; unrichtig wohl RGRK-Steffen, § 675 Rdn. 47, 50, 52

3) so schon RGZ 84, 214, 217; vgl. weiter Larenz AT, § 30 I b 2

Erwerben kommt, zusammen die Erwerber von den Verbindlichkeiten gegenüber den Handwerkern freizustellen hat. Dieses Element fehlt zwar, wenn der Betreuer die Verträge in eigenem Namen geschlossen hat. Dennoch besteht auch hier die für eine Treuhand typische Zweckbindung¹⁾:

Der Betreuer darf mit dem ihm zur Verfügung gestellten Geld nur in einer bestimmten Art und Weise verfahren, nämlich Handwerkerrechnungen oder den Grundstückspreis begleichen. Treugut kann das zur Verfügung gestellte Geld aber nur dann werden, wenn der Betreuer diese Beträge getrennt von seinem sonstigen Vermögen und von Geldern für andere Baumaßnahmen verwahrt, wozu ihn im übrigen § 6 MaBV verpflichtet. Das setzt aber seinerseits voraus, daß die Beträge dem Betreuer als Aufwendungssatz kenntlich gezahlt werden. In diesem Fall sind die auf einem Sonderkonto befindlichen Gelder der Erwerber konkurssicher und stehen in der Einzelzwangsvollstreckung nicht dem Zugriff des Gläubigers des Betreuers zur Verfügung. Vielmehr haben die Erwerber - bei mehreren: gemeinschaftlich - ein Aussonderungsrecht im Konkurs, § 43 KO,²⁾ und die Drittwiderspruchsklage bei einzelzwangsvollstreckungsrechtlichen Maßnahmen, § 771 ZPO³⁾. Dies kann auch für den Bauhandwerker zumindest mittelbar von Bedeutung sein, ist doch so sichergestellt, daß für die Weiterführung der Baumaßnahmen vorgesehenes Geld auch weiter zur Verfügung steht.

1) Palandt-Heinrichs, vor § 164, 3

2) OLG Stuttgart, BauR 1977, Heft 4

3) vgl. allgemein zu diesen Befugnissen des Treugebers Palandt-Bassenge, vor § 929, 7 B b aa; Serick II § 35, jeweils mwN

Von diesen Fällen ist das Handeln für eigene Rechnung zu unterscheiden. Hier schließt der Betreuer - Bauträger - die Bauverträge notwendig in eigenem Namen; er trägt auch selbst das Risiko der Erstellung, der Bonität der Handwerker usw. Seinerseits ist er gegenüber den Erwerbern nicht zur Vermittlung von Bauleistungen, sondern zu ihnen selbst verpflichtet. Die ihm dafür versprochenen Beträge sind nicht Aufwendungsersatz, sondern echte Vergütung. Die Beträge stehen daher nach Zahlung dem Betreuer auch wirtschaftlich voll zu. Eine Treuhand liegt nicht vor.

Ebenso kann Handeln für eigene Rechnung hinsichtlich des Grundstücks vorliegen. Der Betreuer erwirbt das Grundstück dann zunächst für sich selbst und verpflichtet sich seinerseits gegenüber den Erwerbern zur Über-eignung.

Damit hat sich gezeigt, daß die Frage, für welche Rechnung gehandelt wird, davon abhängt, ob der Betreuer die Bausubstanz (bzw. Grundstück) oder nur das Bewirken der Beschaffung durch andere schuldet. Der Auffassung von Locher, auch der Bauträger, der (auch nach Locher) die Substanz selbst schuldet, handle für fremde Rechnung, kann nicht zugestimmt werden; sie ist in sich widersprüchlich.

Das Handeln für fremde Rechnung ist daher nicht die Klammer aller Baubetreuungsverhältnisse, sondern innerhalb derer Unterscheidungsmerkmal:

Insgesamt lassen sich drei Handlungsformen unterscheiden:

- Handeln des Betreuers für fremde Rechnung in fremdem Namen
- Handeln des Betreuers für fremde Rechnung in eigenem Namen
- Handeln des Betreuers (Bauträgers) für eigene Rechnung, notwendig dann auch in eigenem Namen.

Diese Handlungsformen brauchen innerhalb eines Betreuungsverhältnisses nicht einheitlich vorzuliegen. Insbesondere ist denkbar, daß der Betreuer hinsichtlich des Grundstücks für eigene und hinsichtlich der Bauerrichtung für fremde Rechnung handelt und umgekehrt. Die sich ergebenden Möglichkeiten sollen nachfolgend in einer Übersicht zusammengestellt werden. Die Abgrenzungen sollen jeweils die Leistungspflicht des Betreuers gegenüber dem Erwerber deutlich machen.

- (1) Grundstück: Obereignung durch Betreuer
Bauerstellung: durch Betreuer geschuldet
- (2) Grundstück: vom Betreuer vermittelt
 - (a) durch offene Stellvertretung oder
 - (b) durch mittelbare StellvertretungBauerstellung: durch Betreuer geschuldet
- (3) Grundstück: Obereignung durch den Betreuer
Bauerstellung: vom Betreuer vermittelt
 - (a) durch offene Stellvertretung oder
 - (b) durch mittelbare Stellvertretung

(4) Grundstück: vom Betreuer vermittelt

- (a) durch offene Stellvertretung oder
- (b) durch mittelbare Stellvertretung

Bauerstellung: vom Betreuer vermittelt

- (a) durch offene Stellvertretung
- (b) durch mittelbare Stellvertretung

Hinzu nehmen mag man dann noch die Fälle (selten), in denen der Betreuer mit der Grundstücksverschaffung überhaupt nicht befaßt war.

Diese Auflistung, die noch nicht berücksichtigt, daß innerhalb der Vermittlung noch verschiedene Handlungsformen denkbar sind, zeigt:

Die Verwendung von Begriffen, wie "Baubetreuung im engeren Sinn" und "Bauträgerschaft" darf nicht zu der Annahme verleiten, es gebe nur zwei verschiedene Betreuungsmodelle. Vielmehr ist jede einzelne Vereinbarung im Detail auf die aufgezeigten verschiedenen Elemente hin zu überprüfen.

7. Begriffsbestimmung für die weitere Untersuchung

Dennoch sollen auch im folgenden die Begriffe "Baubetreuung" und "Bauträgerschaft" nicht aufgegeben werden. Praktisch lassen sich nämlich aus den vorstehend dargestellten zwölf Möglichkeiten als am meisten vorkommend hervorheben:

- (1) Will der Erwerber mit der Bauerstellung und den damit verbundenen Risiken möglichst wenig zu tun haben,

also schlüsselfertig erwerben, so wird er an Möglichkeit 1 interessiert sein. In diesem Fall schließt er nur einen Vertrag mit dem Bauträger über den Erwerb noch zu erstellenden Wohnungseigentums. Dies wird im folgenden als "Bauträgervertrag" bezeichnet.

(2) Erstrebt der Erwerber möglichst große Steuervorteile, so muß er seine Vertragsgestaltung nach dem Bauherrenereignis ausrichten. Dieser erfordert aber u. a., daß die Bauverträge im Namen der Erwerber geschlossen werden¹ und der Erwerber noch vor Baubeginn Grundstückseigentümer ist. Letzteres erfordert - will man nicht in die Gefahr der Zahlung zusätzlicher Grunderwerbssteuer geraten, den steuerrechtlichen Erwerb unmittelbar vom Dritten, der Eigentümer des Grundstücks ist. Daher wird hier die Möglichkeit (4), jeweils Variante (a), gewählt werden. Diese Konstruktion wird im folgenden als "Baubetreuung" bezeichnet.

8. Die rechtliche Bewertung des Bauträgervertrages und Baubetreuungsverhältnisses

Im Vorstehenden ist bereits aufgezeigt worden, daß beim Bauträgervertrag die Eigentumsverhältnisse am Grundstück keinen Einfluß auf die rechtliche Bewertung der Bauverpflichtung des Betreuers haben. Dies bestätigt sich noch einmal generell für alle Baubetreuungsfälle aus der vorstehenden Zusammenstellung. Eine einheitliche Bewertung der Betreuer Tätigkeit ohne Berücksichtigung des jeweiligen Bezugspunktes "Bauerstellung" oder "Grundstück" ist schon

1) vgl. auch BGH NJW 1980, 992, 993; etwas einschränkend Locher-Koeble Rdn 9

deshalb nicht möglich, weil die Leistungshandlung des Betreuers unterschiedlich sein kann. Weder der Bauträger- noch der Betreuervertrag unterfallen daher einem dispositiv ausgestalteten Vertragstyp. Selbst wenn hinsichtlich des Bauwerkes und des Grundstücks Verschaffung selbst geschuldet wird, sind auf beide Komplexe verschiedene Vorschriften anzuwenden.

Weder die Pflicht zur Grundstücksverschaffung bzw. zur Vermittlung noch die Pflicht zur Bauerstellung bzw. zur Vermittlung der Bauleistungen ist gegenüber der anderen derart prädominant, daß sie allein den Vertragscharakter bestimmt. Die rechtliche Bewertung hat daher nicht vom Gesamtvertrag, der geschlossen worden ist, sondern von den einzelnen übernommenen Leistungspflichten auszugehen.

(1) Soweit sich der Bauträger in einem Vertrag zur Über-eignung eines Grundstücks oder Verschaffung von Wohnungseigentum verpflichtet hat, ist Kaufrecht nach §§ 433 ff anzuwenden. Das gilt insbesondere für Sach- und Rechts-mängel des Grundstücks¹.

(2) Es ist bereits aufgezeigt worden, daß die Verpflichtung zur Verschaffung eines fertigen Bauwerks nicht generell nach §§ 433 ff oder §§ 631 ff beurteilt werden kann. Welche Vorschriften gelten sollen, entscheidet allein der Parteiwille. Insbesondere ist Werkvertragsrecht auch dann anwendbar, wenn das Gebäude bereits erstellt ist². Zu unterscheiden ist daher, wie der Parteiwille beim Bauträgervertrag regelmäßig zu verstehen ist. Der BGH entscheidet sich hier jedenfalls im Rahmen der Sachmängelhaftung für die §§ 633 ff³.

1) vgl. oben S. 60

2) vgl. oben S. 61

3) vgl. oben S. 27

Dem ist auch für den Fall zuzustimmen, daß das Gebäude bei Vertragsschluß ganz fertiggestellt ist. Der Bauträger, der die schlüsselfertige Verschaffung einer Immobilie verspricht, bringt ebenso wie ein Generalunternehmer oder -übernehmer zum Ausdruck, das Gebäude in eigener Verantwortung hergestellt zu haben. Er identifiziert sich mit seinem Vertragsversprechen nicht nur mit der Verschaffung einer Sache, zu der er im übrigen keinen Bezug hat, sondern übernimmt die Verantwortung für den Herstellungsvorgang. Diese Verantwortung ist gegenüber der eines "normalen" Werkunternehmers noch gesteigert: Dort hat der Besteller das versprochene Werk zu bestellen; er hat also beim Bauvertrag den Bauplan zur Verfügung zu stellen und haftet nach § 254 Abs. 2 S. 2 iVm § 278 für ein Planungsverschulden des Architekten¹.

Weiterhin schuldet er vielfältige Mitwirkungspflichten hinsichtlich der Bauerrichtung (vgl. etwa § 4 Nr. 4 VOB/B). Diese Mitverantwortung des Bestellers für die Bauerstellung entfällt bei der schlüsselfertigen Erstellung. Auch diese Aufgaben übernimmt der Bauträger. Dieser zusätzlichen Pflichtenübernahme entspricht dann auch ein Mehr an Haftung. Der Bauträger ist nach Werkvertragsrecht für alle Planungs- und Ausführungsfehler verantwortlich.

Ob dem BGH auch insoweit zu folgen ist, daß diese umfassende werkvertragliche Haftung auch einen Privatmann trifft, der das Gebäude ursprünglich für eigene Zwecke erstellen wollte², kann im Rahmen dieser Untersuchung offenbleiben. Jedenfalls aber trifft sie einen Veräußerer, der sich gewerbsmäßig mit der Erstellung von Wohnungen befaßt. Dieser bringt regelmäßig zum Ausdruck, er wolle

1) ständige Rechtsprechung: BGH, BauR 1979, 57; BGH, BauR 1971, 265; weitere Nachweise bei Ingenstau-Korbion, VOB/B, § 13 Rdn 9

2) BGH NJW 1979, 1406; vgl. oben S. 30

sich so behandeln lassen, als habe er das Gebäude für den Erwerber bestellt. Dies gilt auch bei Vertragsschluß nach Fertigstellung. Die Grenze wird dort zu ziehen sein, wo bereits bezogenes Wohnungseigentum veräußert wird. Aber auch dies ist, wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, nicht zwingend. Hier können ebenso besondere Umstände dafür sprechen, daß sich der Veräußerer wie ein Hersteller behandeln lassen will.

(3) Bei der Vermittlung von Bauleistungen muß man mit Locher zunächst zwei Arten von Betreuertätigkeiten unterscheiden.

(a) Der Betreuer kann als eigene Leistungspflicht nur das übernommen haben, was auf den Bauherrn mit Ausnahme der technischen Mitwirkung am Bau (Planung, Aufsicht, Mitwirkungshandlung) zukommt. Diese Art der Betreuung wird als wirtschaftliche Baubetreuung bezeichnet. Zum Umfang des Pflichtenkatalogs eine in der Praxis verwandte Klausel als Beispiel, die zeigt, wie umfangreich und verschiedenartig die übernommenen Tätigkeiten sind:

§ 3 - Leistungsverzeichnis für den Betreuer bei der wirtschaftlichen und technischen Betreuung

Der Betreuer hat alles zu tun und nichts zu unterlassen, damit das Bauvorhaben ordnungsgemäß und zügig durchgeführt wird. Er hat in umfassender Weise die Rechte und Interessen des Bauherrn wahrzunehmen und seine Pflichten und Lasten zu erfüllen. Es liegt jedoch im pflichtgemäßen Ermessen des Betreuers, ob und wie er zur Wahrnehmung des wohlverstandenen Interesses des Bauherrn tätig ist.

Die wirtschaftliche Betreuung umfaßt insbesondere folgende Leistungen:

1. Die Eigentumsverhältnisse an dem Baugrundstück zu regeln, Teilungserklärungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz, Bildung von Wohnungserbbaurechten, Bereinigung des Grundbuchs durch Löschungen, Eintragungen, Ablösung der Hypothekengewinnabgabe und anderer nicht eingetragener Rechte. Regelung der Rangsverhältnisse;
2. die Wirtschaftlichkeitsberechnung aufzustellen;
3. den Bauherrn gegenüber Behörden, Architekten, Bauausführenden, Lieferanten usw. zu vertreten und Aufträge zu erteilen, und zwar in offener Stellvertretung.
4. die Aufstellung und Überwachung des Geldbedarfsplanes;
5. den gesamten aus der Durchführung des Bauvorhabens sich ergebenden Zahlungs- und Rechnungsvkehr während der Dauer der Baubetreuung zu erledigen und alle hierzu notwendigen Verhandlungen zu führen und Anträge zu stellen;
6. alle eingehenden und ausgehenden Zahlungen für das Bauvorhaben über ein besonderes Baugeld-Sonderkonto zu leiten;
7. das Baubuch (§ 2 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juli 1909 - RGBI. S. 449) zu führen und die Schlußrechnungen und, soweit erforderlich, die endgültige Wirtschaftlichkeitsberechnung zu fertigen;
8. dem Treuhänder bei der Inanspruchnahme von Steuervergünstigungen und Gebührenbefreiungen für den Bauherrn behilflich zu sein und die erforderlichen Bescheinigungen zu erteilen oder zu beschaffen und gegebenenfalls ein Verfahren auf Herabsetzung der Hypothekengewinnabgabe einzuleiten und durchzuführen;

9. die Aufstellung und Überwachung des Baufristenplanes; insbesondere auch dafür zu sorgen, daß die etwa von den Kreditgebern gesetzten Termine eingehalten oder rechtzeitig Terminverlängerungsanträge gestellt werden sowie schließlich die Erteilung von Bautenstandsberichten an den Treuhänder;
10. die für den Abschluß der nachfolgend genannten Versicherungsverträge erforderlichen Unterlagen und Angaben unaufgefordert und rechtzeitig dem für den Abschluß dieser Versicherungsverträge zuständigen Treuhänder mitzuteilen:
 - a) Bauwesen-Versicherung
 - b) Bauherren-Haftpflichtversicherung
 - c) Rohbau-Versicherung
 - d) Gebäude-Feuerversicherung
 - e) Leitungswasserschäden-Versicherung
 - f)
 - g) Sturmschäden-Versicherung
 - h) Gewässerschäden-Haftpflichtversicherung(Soweit diese Versicherungen ein mit der Bauerrichtung verbundenes oder ein während der Bauzeit bis zur Bezugsfertigkeit entstehendes Risiko abdecken, sind die Prämien im Gesamtaufwand enthalten.)
11. für die Einhaltung der bauaufsichtlichen Anordnungen und der Unfallverhütungsvorschriften zu sorgen;
12. dem Bauherrn unverzüglich mitzuteilen, wenn bei der Errichtung des Bauvorhabens wesentliche Abweichungen erforderlich werden;
13. die Abwehr von unberechtigten Ansprüchen durch die bauplanenden Dienstleister und bauausführender Unternehmer;

14. dem Bauherrn nach Durchführung des Bauvorhabens eine Gesamtabrechnung vorzulegen (die Abrechnung gilt vom Bauherrn als anerkannt, wenn er nicht innerhalb eines Monats nach Zugang schriftlich widerspricht);
15. Rechnungs- und Zahlungsbelege für das Bauvorhaben getrennt von seinen sonstigen Geschäftspapieren und den Unterlagen für andere fremde und ggf. eigene Bauvorhaben aufzubewahren und auf Verlangen des Bauherrn diesem jederzeit die Einsichtnahme zu gestatten;
16. die Beratung bei Abschluß der vor der Bezugsfertigkeit abzuschließenden sonstigen Dauerschuldverhältnisse wie Wartungsaufträge für die Zentralheizungsanlage, den Aufzug, die Türschließer, die Gartenanlagen, die Reinigung des Treppenhauses, der Fenster, der Fassaden und übrigen Gemeinschaftseinrichtungen;
17. die rechtzeitige Beratung bei Abschluß der vor der Bezugsfertigkeit sicherzustellenden Versorgungsverträge über Elektrizität, Wasser, Gas und Öl;
18. die rechtzeitige Beratung für die Verschaffung von öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen wie Schornsteinreinigung, Müllabfuhr, Straßenreinigung usw."

(b) Zusätzlich kann der Betreuer auch noch die Aufgabe übernommen haben, die beim normalen Bauvertrag der Architekt erledigt. Dies wird als technische Betreuung bezeichnet. Auch dazu ein Beispiel aus der Praxis (Fortsetzung der vorstehenden Klausel):

"Im Rahmen der technischen Betreuung wird der Betreuer insbesondere ermächtigt und verpflichtet,

1. die Planbearbeitung zu übernehmen, bestehend aus der Anfertigung:
des Vorentwurfs, Entwurfs, der Bauvorlagen, Massen- und

Kostenberechnung und Ausführungszeichnungen;

2. die künstlerische, technische und geschäftliche Oberleitung und die Bauführung zu übernehmen.

Die dem Betreuer übertragenen Architektenleistungen sind als ein in sich einheitliches geistiges Werk anzusehen, der Bauherr kann sie ohne Zustimmung des Betreuers weder ganz noch teilweise an Dritte übertragen.

Der Betreuer hat sämtliche ihm gegenüber dem Bauherrn obliegenden Mitteilungs-, Abrechnungs-, Rechnungslegungs-, Anfrage- und sonstige Pflichten ausschließlich gegenüber dem Treuhänder zu erfüllen. Ein unmittelbarer Verkehr mit dem Bauherrn ist ihm erst dann erlaubt, wenn ihm die Erledigung über den Treuhänder nicht möglich ist."

Der Unterschied zwischen nur wirtschaftlicher und wirtschaftlich-technischer Betreuung besteht also in folgendem: Bei ersterer wird der planende, leitende und aufsichtsführende Architekt unmittelbar Vertragspartner der Erwerber. Bei wirtschaftlich-technischer Betreuung ist dagegen der Architekt Vertragspartner des Betreuers.

(c) Wie wenig den Vertragsschließenden selbst diese Unterscheidung zuweilen bewußt ist, zeigen gerade die vorstehenden Klauseln. Sie lagen in einem vom OLG Hamm mit Urteil vom 31. Oktober 1979¹ entschiedenen Fall zugrunde. Dort klagte der bauplanende Architekt von einem Wohnungs- bzw. Teileigentümererwerber einen Teil des Architektenhonorars ein. In dem Rechtsstreit ging es unter anderem um die Frage, ob der Betreuer Vollmacht hatte, den Architektenvertrag im Namen der Erwerber zu schließen.

1) OLG Hamm - 24 U 61/79 - (nicht veröffentlicht)

Dafür spricht Ziff. 3 der Klausel über die wirtschaftliche Betreuung, auf den sich der Architekt berief. Das Gericht folgte dem nicht und nahm an, mit Rücksicht auf die übernommene technische Betreuung habe der Betreuer diese Leistungen selbst gegenüber den Erwerbern geschuldet. Er sei also zur Vergabe in fremdem Namen nicht vollmächtig gewesen.

(d) Aus der Verschiedenartigkeit der dem Betreuer obliegenden Aufgaben ergibt sich, daß auch hier eine einheitliche Betrachtungsweise nicht sachgerecht ist. Aus der Übernahme der technischen Betreuung z. B. kann nicht gefolgert werden, wie die Pflicht zur sachenrechtlichen Verschaffung, zur Zahlungsveranlassung, Prozeßführung etc. zu bewerten ist. Dem etwa von Locher hierzu vertretenen Absorptionsprinzip¹ kann daher insoweit nicht gefolgt werden. Vielmehr ist zu differenzieren:

(aa) Bei den Aufgaben der technischen Betreuung schuldet der Betreuer das gleiche Tätigkeitsbild wie ein umfassend beauftragter Architekt. Es besteht daher kein Anlaß, ihn dabei anders als den Architekten zu behandeln. Der Architektenvertrag wird bei Übernahme der Planung und Bauaufsicht allgemein als Werkvertrag eingestuft². Daher haftet auch der mit der technischen Betreuung befaßte Betreuer für Planungs- und Aufsichtsfehler nach §§ 633 ff in der Fünfjahresfrist des § 638. Das Regreßverhältnis zwischen ihm und dem Bauunternehmer ist wie das zwischen Architekt und Bauunternehmer.

1) Locher-Koeble Rdn 19, 166 und die weiteren Nachweise S. 17

2) BGHZ 32, 206; Ingenstau-Korbion, VOB/B, § 13 Rdn 5

(bb) Den verschiedenen Tätigkeiten bei der wirtschaftlichen Betreuung ist gemeinsam, daß es sich um Geschäftsbesorgung iSv § 675 handelt. Damit ist aber noch nicht entschieden, ob Werk- oder Dienstvertrag vorliegt. §§ 631, 611 lassen sich nicht nach Art der geschuldeten Tätigkeit, sondern nur nach der Intensität der Haftung für den erstrebten Enderfolg unterscheiden¹. Indiz dafür, was gewollt ist, kann die Vergütungsvereinbarung sein. Sowohl bei Festpreisversprechen als auch bei Gebühr in Höhe eines feststehenden Prozentsatzes der Baukosten wird der Betreuer nicht zeitabhängig, sondern erfolgsabhängig bezahlt. Das spricht dafür anzunehmen, daß die Maßnahmen der wirtschaftlichen Baubetreuung ebenfalls als herbeizuführender Erfolg geschuldet werden. Die wirtschaftliche Betreuung ist daher nach § 675 iVm §§ 631 ff zu beurteilen². Dies gilt unabhängig davon, ob die Betreuung in fremdem Namen oder - seltener - in eigenem Namen für fremde Rechnung durchzuführen ist.

Soweit der Betreuer eigene Leistungen zu erbringen hat (Aufstellung der Wirtschaftlichkeitsberechnung, Aufstellung des Geldbedarfsplanes, Abwicklung des Rechnungs- und Zahlungsverkehrs etc.), haftet er also für den Erfolg dieser Maßnahme und deren Fehlerfreiheit nach §§ 633 ff. Dasselbe gilt für die Auswahl von Grundstück und Bauhandwerkern. Im letzteren Fall besteht der herbeizuführende Erfolg jedoch nicht in der Fehlerfreiheit des Bauwerkes, sondern im Aussuchen zuverlässiger Handwerker. Zu einer Haftung des Betreuers für Baumängel und damit zur Gesamtschuld von Handwerker und Betreuer kann es daher nur kommen, wenn der Handwerker dem Betreuer als unzuverlässig bekannt sein mußte.

1) vgl. Palandt-Thomas, vor § 631, 4, vor a

2) anders: RGRK-Steffen, § 675 Rdn 32; Ingenstau-Korbion, VOB/A, Anhang, Rdn 70 b

Zusammenfassend läßt sich daher feststellen, daß die übernommenen Verpflichtungen rechtlich nach Pflichten bezüglich des Grundstücks und bezüglich der Gebäudeerstellung getrennt bewertet werden müssen.

(1) Hinsichtlich des Grundstücks gilt:

- (a) Die Obereignungspflicht beurteilt sich nach §§ 433 ff; ihre Übernahme macht den gesamten Vertrag nach § 313 formbedürftig.
- (b) Betreuertätigkeit, die auf Vermittlung des Grundstücks gerichtet ist, beurteilt sich nach § 675 iVm § 631.

(2) Hinsichtlich der Gebäudeerstellung gilt:

- (a) Die schlüsselfertige Erstellung ist Werkleistung nach §§ 631 ff.
- (b) Wirtschaftliche Betreuung ist als Geschäftsbesorgung iSd § 675 iVm § 631 einzuordnen, technische Betreuung als Werkleistung nach § 631.

6. Die Rechtsstellung des Bauhandwerkers bei Baubetreuungsverhältnissen im engeren Sinn

I. Themenübersicht

Ein Baubetreuungsverhältnis im engeren Sinn liegt nach dem Vorstehenden vor, wenn der Betreuer die Bauverträge im Namen und mit Vertretungsmacht der Erwerber schließt. Ist beides gegeben, so kommt der Bauvertrag mit dem Erwerber zustande. Aktiv- und Passivlegitimation in Baubetreuungsfällen ergeben sich daher nicht aus gesetzlichen Vorschriften, auch nicht aus dem WEG, wenn es um die Errichtung eines Komplexes von Eigentumswohnungen geht. Über schuldrechtliche Verhältnisse der Gemeinschaft oder deren Mitglieder enthalten auch die §§ 10 bis 19 WEG nichts; diese Vorschriften erfassen nur einzelne, das Innenverhältnis betreffende Fragen¹.

Maßgeblich ist vielmehr die konkrete, im Einzelfall vorliegende rechtsgeschäftliche Regelung. Im folgenden soll daher untersucht werden:

Zum Handeln des Betreuers in fremdem Namen

- Welche Anforderungen sind an das Offenkundigkeitsprinzip zu stellen?
- Bestehen Ansprüche des Handwerkers gegen den Betreuer, wenn dieser nach § 164 aufgetreten ist?
- Wie ist die Rechtslage, wenn der Betreuer in eigenem Namen gehandelt hat?

Zur Betreuervollmacht

- Welchen Umfang hat die Betreuervollmacht?

1) so auch Rosenberger, BauR 1978, 241, 242

- Ist die Vollmacht widerruflich?
- Welche Anforderungen bestehen bei Betreuerhandeln ohne Vertretungsmacht?

II. Das Handeln des Betreuers in fremdem Namen

1. Anforderungen an das Offenkundigkeitsprinzip

a) In der Praxis vorkommende Fallgestaltungen

Maßgeblich dafür, wer Partei des Vertrages werden soll, ist der Inhalt des Bauvertrages. Dieser bestimmt - neben Leistung, Gegenleistung sowie sonstigen Punkten iSd §§ 154, 155 - auch die Person bzw. den Personenkreis auf der Auftraggeberseite und ihre Aktiv- und Passivlegitimation im einzelnen: Auch in einer Untersuchung, die allgemeine Grundsätze herauszuarbeiten versucht, darf dieser Gesichtspunkt als Ausgangsthese nicht aus den Augen verloren werden. Selbstverständlich können die Parteien kraft der ihnen zustehenden Vertragsfreiheit jede beliebige Konstruktion wählen.

Die Praxis zeigt jedoch, daß die Parteien sich dieser Möglichkeiten in aller Regel nicht bewußt sind. Durch die Einschaltung des Baubetreuers als Auftraggeber-Vertreter wird verdeckt, daß auf der Auftraggeber-Parteien-seite mehrerer Personen, die künftigen Erwerber von Wohnungseigentum, stehen sollen. Dabei handelt es sich um einen sehr ausgeprägten Fall von Interessenwahrnehmung ausschließlich durch den Vertreter: Der Betreuer ist

der einzige, mit dem der Handwerker überhaupt Kontakt hat, der also die Willenserklärungen abgibt, entgegennimmt, alle dem Auftraggeber zukommenden Mitwirkungshandlungen und Anweisungen vornimmt und im Regelfall auch - über Treuhandkonten oder durch Nachricht an den Treuhänder - die Auszahlung veranlaßt. Daß es sich um ein Baubetreuungsmodell - also lediglich Vertreterstellung des Baubetreuers - handeln soll, kann der Auftragnehmer oft ausschließlich an der Rubrik "Auftraggeber" im Bauvertrag sehen. Dort findet sich meist der Vermerk "Bauherrengemeinschaft ... (es folgt die nähere Bezeichnung)". Diese nähere Bezeichnung ist oft ungeeignet, dem Handwerker die Unterscheidung von Vertreter und Vertretenem leicht zu machen. Sie besteht häufig in der Bezeichnung des Bauobjektes seiner Lage nach: "Bauherrengemeinschaft X-Straße Nr. 45", eine Bezeichnung, die einen flüchtigen Leser veranlassen könnte, anzunehmen, es handele sich nicht um die nähere Beschreibung des Vertragspartners, sondern um die globale Benennung des Bauobjektes.

Noch gefährlicher für den ungeübten Leser ist die Praxis, der Bauherrengemeinschaft den Namen der Projektnummer, unter der das Bauvorhaben beim Betreuer geführt wird, zu geben und dieser dann noch den Namen der Betreuungsgesellschaft vorwegzustellen. Beispielsweise: Bei der (angenommenen) Betreuungsgesellschaft "Hochbau und Finanz GmbH" wird die Errichtung eines größeren Komplexes von Eigentumswohnungen unter der internen Bezeichnung "Nr. 071" geführt; die Bauherrengemeinschaft heißt dann "Bauherrengemeinschaft Hochbau und Finanz GmbH 071". Selbst wenn das Formular im übrigen noch zum Ausdruck bringt, daß dieses Gebilde durch die "Hochbau und Finanz GmbH" vertreten wird, so bedarf es doch sehr ge-

nauen Lesens und - möglicherweise - juristischer Kenntnisse und/oder erheblicher Erfahrungen im Abschluß von Verträgen, wenn der Handwerker erkennen soll, wer hier nun genau sein Vertragspartner werden soll.

Noch unklarer ist die Situation bei mündlichen Vertragsabschlüssen. Zu solchen kommt es erfahrungsgemäß nur bei häufiger Zusammenarbeit und/oder kleineren Auftragsvolumen, insbesondere bei den Ausbaugewerken. Gerade hier ist das Vertrauen des Auftragnehmers in die Gesellschaft, die ihm gegenüber die Vertragserklärungen abgibt, besonders hoch. Eine ausdrückliche Deklaration der Vertretstellung wird häufig unterbleiben. Instrukтив ist insoweit auch der vom OLG Hamm mit Urteil vom 30. Oktober 1979¹ entschiedene Fall. Dort war der Vertrag seitens des Betreuers mit dem Architekten mündlich geschlossen, und zwar unter Bezugnahme auf ein früheres Baubetreuungsobjekt, das der Baubetreuer durchgeführt hatte. Der mündliche Vertragsschluß war später schriftlich auf dem Briefbogen des Betreuers bestätigt worden. Die Bezeichnung des Auftraggebers lautete dort (insoweit alles offenlassend): "wir".

In solchen und in ähnlichen Fällen ist es für den Auftragnehmer schwierig, auch nur ein Indiz dafür, daß der Betreuer als Vertreter handeln will, auszumachen. Es könnte sich allenfalls aus Aufschriften auf dem Baustellenschild etc. ergeben - ein sehr vages Kriterium, wenn man bedenkt, daß dem Handwerker dieser Umstand bei Vertragsschluß erkennbar gewesen sein muß. Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, daß ausdrückliche Abreden über den Auftraggeber häufig fehlen oder aber nicht klar sind. Da andererseits aber die tatsächliche Situation bei solchen Vertragsschlüssen häufig gleich ist,

1) OLG Hamm - 24 U 61/79 (vgl. oben S. 107)

erscheint es gerechtfertigt, im Wege der typisierenden Betrachtung allgemeine Auslegungsgrundsätze herauszustellen.

b) Die Rechtsprechung des BGH

Die Frage, welche Anforderungen an das Offenkundigkeitsprinzip des § 164 bei Baubetreuungsfällen zu stellen sind, hat der BGH in zwei neueren Entscheidungen behandelt. Im Urteil vom 18.11.1976 hatte der BGH einen Fall zu entscheiden, in dem die Erwerber im Bauvertrag nicht im einzelnen aufgeführt, sondern nur mit "Bauvorhaben St." gekennzeichnet war. Was die letzte Abkürzung bedeutet, läßt sich aus dem Urteil nicht entnehmen. Aus dem übrigen Vertragstext war ersichtlich, daß diese "Bauherren, vertreten durch" den Betreuer waren¹.

Der BGH hat nach dem Wortlaut des Vertrages "eindeutiges" Handeln in fremdem Namen angenommen. Die Besonderheit dieses Falles bestand darin, daß es nicht um eine Vielzahl von Eigentümern ging, sondern lediglich drei wohnblockartige Mehrfamilienhäuser erstellt wurden. Daraus ist teilweise gefolgert worden, das Urteil könne in seiner Aussage nicht verallgemeinert werden auf typische Bauherrengemeinschaften mit mehreren -zig Mitgliedern².

Dem ist der BGH mit dem Urteil vom 17.1.1980 entgegengetreten³. Unter Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils

1) BGH NJW 1977, 294

2) so OLG Düsseldorf, DB 1978, 583

3) BGH NJW 1980, 992

des OLG Düsseldorf hat er ausdrücklich festgestellt:
"Die insoweit entwickelten Grundsätze gelten auch für
Bauvorhaben der hier in Frage stehenden Art." Zu ent-
scheiden war ein Fall, in dem der Auftrag an den Bauun-
ternehmer erteilt war durch die "Bauherrengemeinschaft
Stadtmitteprojekt M, vertreten durch die C-Bau KG".
Die Bauherrengemeinschaft bestand aus mindestens 100
Mitgliedern¹.

Für Bauherrenmodelle generell gilt daher nach der Recht-
sprechung des BGH:

(1) In jedem Fall geht ein Übereinstimmender Wille der
Vertragsschließenden dem Wortlaut der Vereinbarung vor.

(2) Läßt sich ein solcher, dem Wortlaut entgegenstehen-
der Wille nicht feststellen, so gilt:

(a) Allein der Umstand, daß ein "Baubetreuer" oder "Bau-
träger" den Bauvertrag schließt, reicht noch nicht aus,
um ein Handeln in fremdem Namen annehmen zu können².

(b) Andererseits ist aber auch nicht erforderlich, daß
der Vertretene namentlich benannt wird³. Es genügt, wenn
er anhand einer Kurzbezeichnung ermittelt werden kann.

Eine ausreichende Bezeichnung in diesem Sinne hat der
BGH in beiden Fällen angenommen. Auf die aufgezeigten
Verwechslungsgefahren geht keine der Entscheidungen
näher ein.

1) vgl. den bei OLG Düsseldorf, DB 1978, 583 wiederge-
gebenen Sachverhalt

2) vgl. die Nachweise bei Locher-Koeble, Rdn 131

3) dies ist allgemeine Auffassung. Vgl. weiter die bei
BGH NJW 1977, 294 angegebenen Fundstellen und BGH
WM 1957, 710; OLG Nürnberg, MDR 1960, 923; Palandt-
Heinrichs, § 164, 1 a

c) Eigene Auffassung

Mit dem BGH ist davon auszugehen, daß es eine Frage der Auslegung ist, welche Anforderungen an den Offenkundigkeitsgrundsatz zu stellen sind, vgl. auch § 164 Abs. 1 S. 2. Unabhängig vom Wortlaut des Vertrages liegt daher Handeln in fremdem Namen dann vor, wenn der Handwerker tatsächlich erkannt hat, daß der Betreuer im Namen eines oder mehrerer Erwerber handeln wollte. Dies ergibt sich bereits aus § 133: Hat der Adressat den wirklichen Willen verstanden, so richtet sich der Inhalt der Willenserklärung nach dem wirklichen Willen¹.

Zu behandeln ist daher im folgenden nur der Fall, in dem der Handwerker davon ausgegangen ist, der Betreuer sei der Besteller der Werkleistung. In diesem Fall entscheidet nicht die natürliche, sondern die normative Auslegung.

aa) Umfang der vom Handwerker bei Vertragsschluß erwarteten Sorgfalt

Zu ermitteln ist, wie der Handwerker die Erklärung verstehen durfte. Von diesem verobjektivierten Empfängerhorizont her muß also der vom Betreuer angestrebte Fremdbezug des Vertragsangebots erkennbar gewesen sein. Damit steht zwar der Standpunkt der Beurteilung, nicht aber ihr Maßstab fest. Es muß weiterhin

1) Enneccerus-Nipperdey, § 205 I 2; Larenz AT, § 19 II a; Flume, § 16, 2 a; Wieling, AcP 172, 297; Wieling, Jura 1979, 524

entschieden werden, welcher Umfang an Sorgfalts- und Prüfungspflichten dem Handwerker aufzuerlegen sind. Wenn man allein auf § 133 abstellt, so sind die Maßstäbe eher streng: Der Empfänger muß nicht nur auf den Wortlaut der Erklärung, sondern auch auf die Gesamtumstände achten. Dabei ist nach allgemeiner Anschauung auf die an solchen Rechtsgeschäften typischerweise beteiligten Kreise abzustellen¹.

Handwerksunternehmen sind laufend mit dem Abschluß von Bauverträgen befaßt. Das legt nahe, Geschäftserfahrenheit zu unterstellen und den Erklärungsempfänger mit starken Prüfungspflichten zu belegen. In den eingangs dargestellten Fallkonstellationen ("Bauherrngemeinschaft X-Straße Nr. 45", "Bauherrngemeinschaft Hochbau und Finanz GmbH o71"), ebenso in den vom BGH entschiedenen Fällen kann die Erkennbarkeit eines Vertreterverhältnisses für einen geschäftserfahrenen, sorgfältigen Leser des Vertragstextes nicht geleugnet werden.

Möglicherweise ließe eine solche Betrachtungsweise jedoch spezielle gesetzliche Wertungen außer acht. Das ist der Fall, wenn die Ableitung des Sorgfaltsmaßstabes aus §§ 133 (und 157) verfrüht war, also für den Fremdbezug einer Willenserklärung strengere Anforderungen als dort geltend bestehen. Dagegen scheint zunächst § 164 Abs. 1 S. 2 zu sprechen: Danach braucht die Erklärung nicht ausdrücklich in fremdem Namen abgegeben zu werden. Ebenso wie nach § 133 der sich aus den Gesamtumständen wirklich ergebende Wille und nicht nur der Wortlaut maßgeblich ist, kann auch der Fremdcharakter lediglich aus den Umständen ersichtlich sein.

1) Palandt-Heinrichs, § 133, 4 b

§ 164 Abs. 1 S. 2 und die allgemeinen Vorschriften über die Auslegung von Willenserklärungen formulieren also insoweit gleich. Dennoch darf diese Übereinstimmung nicht ohne weiteres auch als Verweis auf die nach §§ 133, 157 anzulegenden Sorgfaltsmaßstäbe anzusehen sein; innerhalb eines so weiten Begriffes wie "aus den Umständen ersichtlich" können die konkret zu stellenden Anforderungen durchaus verschieden sein. Für ihre Herabsetzung könnte zumindest mittelbar etwas aus den §§ 164 ff folgen. Dort ist an verschiedenen Stellen eine Prüfungspflicht des Vertragspartners hinsichtlich des Vertreterhandelns geregelt. Die Sorgfaltsmaßstäbe, die hierzu gelten, könnten auf die bei der Auslegung zu stellende Anforderung zu übertragen sein.

(1) Nach § 179 Abs. 3 hat der Vertragspartner gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht keine Ansprüche, wenn er den Mangel in der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte. "Kennenmüssen" ist dabei¹ weniger streng zu verstehen als die etwa nach § 276 anzulegenden Maßstäbe. Der Mangel in der Vertretungsmacht muß evident sein. Das könnte auf die Sorgfaltspflichten des Empfängers, die zum Erkennen des Fremdbezuges anzulegen sind, zu übertragen sein. Dann müßte die Situation des § 179 Abs. 3 der hier zu entscheidenden hinreichend ähnlich sein. Gemeinsam ist beiden, daß es um die Erkennbarkeit der Voraussetzungen des § 164 Abs. 1 S. 1 für den Vertragspartner geht. Das spricht für eine Übertragung. Andererseits besteht zwischen dem Bezugspunkt des § 179 Abs. 3 und dem Handeln in fremdem Namen ein wesentlicher Unterschied: § 179 Abs. 3 bezieht sich auf die Vertretungsmacht, also auf ein Element der Stellvertretung, das gerade außerhalb der zum Vertragsschluß gehörenden Wil-

1) OLG Celle, OLGZ 1976, 442

lenserklärung liegt . Daß dieser Unterschied wesentlich sein muß, zeigt auch § 167, der für die Vollmachtserteilung Innen- und Außenvollmacht in ihren Wirkungen einander gleichstellt. Wenn Innenvollmacht erteilt ist, so kommt es auf die Kenntnis des Vertragspartners von ihrer Erteilung nicht an. Der Vertrag kommt in jedem Fall mit dem Vertretenen zustande.

§ 179 Abs. 3 regelt also im Vergleich zu dem hier zu entscheidenden gerade den umgekehrte Fall: Der Fremdbezug der Willenserklärung des Vertreters muß zwingend dem Vertragspartner erkennbar werden. Auf die Kenntnis von der Vollmacht durch den Vertragspartner kommt es dagegen im Regelfall nicht an. Diesen letzten Grundsatz ergänzt § 179 Abs. 3 für einen Grenzfall. Die Vorschrift regelt also nicht mit dem Offenkundigkeitsprinzip Vergleichbares. Ihre Wertungen können nach dort folglich nicht übertragen werden.

(2) Ein Wertungsmodell läßt sich jedoch möglicherweise aus § 164 Abs. 2 ableiten. Die Vorschrift betrifft den fehlgeschlagenen Versuch, als Vertreter zu handeln. Sie regelt die dem Vertragspartner gegenüber abgegebene Willenserklärung, steht also im Vergleich zu § 179 Abs. 3 der hier zu entscheidenden Frage um den eben dargestellten Schritt näher. Nach § 164 Abs. 2 kann der Erklärende nicht mit der Begründung anfechten, er habe nicht in eigenem, sondern in fremdem Namen handeln wollen. Damit ist das in einem solchen Fall eigentlich nach § 119 Abs. 1 bestehende Anfechtungsrecht des Erklärenden ausgeschlossen¹.

1) BGH LM § 164 Nr. 5; Flume, § 44 III; Staudinger-Coing, § 164 Rdn 11

Dies zeigt, daß die allgemeinen Regeln über Willenserklärungen im Vertretungsrecht durchaus modifiziert sein können. Ebenso wie nun § 164 Abs. 2 in seiner direkten Anwendung § 119 Abs. 1 modifiziert, könnte er in analoger Heranziehung die §§ 133, 157 zugrunde liegenden Sorgfaltsanforderungen an den Empfänger ändern. § 164 Abs. 2 dient dem Schutz des Vertragspartners: Der vom Gesetz vorgesehene Regelfall ist, daß derjenige, der eine Willenserklärung abgibt, für sich handelt¹. Im Vertrauen darauf soll sein Vertragspartner weitgehend geschützt werden. Will der Erklärende etwas anderes, so mag er dies klar äußern. Für Erklärungsfehler, die insoweit auftreten, haftet er praktisch garantiemäßig. Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur folgern hieraus allgemein, daß den Erklärenden in Abweichung zu § 119 Abs. 1 für den Willenserklärungsbestandteil "Partei" eine besondere Haftung trifft: Auch jemand, der eine Erklärung in fremdem Namen abgegeben hat, kann nicht mit der Begründung anfechten, er habe in Wirklichkeit in eigenem Namen handeln wollen. § 164 Abs. 2 wird also auf den umgekehrten Fall analog angewandt².

Ob man so weit gehen muß, mag dahinstehen. Als gesichert wird man jedenfalls den allgemeinen Gedanken ansehen können: Den Erklärenden, der in fremdem Namen handeln will, trifft eine gegenüber den allgemeinen Anforderungen gesteigerte Verantwortung. Dem entspricht ein erhöhter Schutz des Vertragspartners. Ein Teilaspekt dieses Schutzes, nämlich bei Divergenz zwischen innerem und äußerem Tatbestand, regelt § 164 Abs. 2 unmittelbar.

1) BGH NJW 1975, 1166; Locher-Koeble, Rdn 132

2) BGHZ 36, 30, 34; Crezelius, NJW 1978, 2251; Münchener Kommentar-Thiele, § 164 Rdn 59 mwN; dagegen Flume, § 49 III; Staudinger-Dilcher, § 164 Rdn 19

Damit liegt es aber nahe, die gesteigerte Verantwortung des Erklärenden auch auf die Formulierung des äußeren Erklärungsstatbestandes zu erweitern. Es gibt zwar Fälle, in denen der Vertragspartner typischerweise keinen Wert auf eine nähere Identifizierung seines Gegenübers legt, ihm insbesondere gleichgültig ist, ob er mit dem Handelnden persönlich kontrahiert oder ob dieser einen Dritten vertritt. In diesem Falle können die Anforderungen an das Offenkundigkeitsprinzip herabgesetzt werden, so etwa beim "Kontrahieren im Betrieb"¹.

In Ausnahmefällen kann möglicherweise auf das Offenkundigkeitsprinzip auch ganz verzichtet werden, wenn es dem Dritten völlig gleichgültig ist, wer sein Vertragspartner wird. Dies wird als "Geschäft wen es angeht" bei Bargeschäften des täglichen Lebens angenommen². Eine solche Situation liegt im hier zu entscheidenden Fall nicht vor. Vielmehr ist beim Werkvertrag, der eine Vorleistungspflicht des Unternehmers vorsieht, § 641, für den Unternehmer die Person seines Vertragspartners von ganz wesentlicher Bedeutung. Dann aber muß ihm auch der in § 164 Abs. 2 zum Ausdruck kommende Schutz zugute kommen: Den Erklärenden trifft hier im Vergleich zum sonstigen Inhalt seiner Willenserklärungen eine gesteigerte Sorgfaltspflicht. Das korrespondiert zwangsläufig mit einer Herabsetzung der an den Empfänger zu stellenden Anforderungen. Jeder Zweifel, der am Handeln in fremdem Namen entstehen kann, geht zu Lasten des Erklärenden³. Für schriftliche Verträge bedeutet dies, daß der Fremdbezug für einen unbefangenen Leser ohne weiteres erfaßbar sein muß.

1) OLG Bremen, NJW 1970, 1277; OLG Oldenburg, OLGZ 79, 60; BGHZ 62, 218; BGHZ 64, 15; BGH WM 1976, 1084

2) Enneccerus-Nipperdey, § 179 III 4

3) Enneccerus-Nipperdey, § 178 FN 16; Staudinger-Coing, § 164 Rdn 11 a; Palandt-Heinrichs, § 164, 4

bb) Rechtsfolge, wenn der Fremdbezug objektiv unklar ist

bleiben schon objektiv Zweifel, ob in eigenem oder fremdem Namen gehandelt werden sollte, so scheidet ein Auftreten als Vertreter aus.

Aus diesem Grund kann der Rechtsprechung darin zugestimmt werden, daß die Bezeichnung des Handelnden im Vertrag als "Betreuer" oder "Bauträger" nicht ausreicht. Selbst in der juristischen Literatur werden diese Begriffe nicht einheitlich verwendet¹. Umso weniger kann dem Auftragnehmer zugemutet werden, aus solchen Formulierungen Schlüsse zu ziehen². Insbesondere braucht er nicht aus diesen Begriffen zu folgern, daß "Bauträger" oder "Betreuer" häufig "Bauherrenmodelle" durchführen, also in fremdem Namen handeln wollen.

Anhand dieses Grundsatzes lassen sich weiter zwei gleichgelagerte, dem OLG Hamm zur Entscheidung vorgelegte Fälle beurteilen.

Eine Bauträgersgesellschaft hatte mit den Erwerbern der Bauobjekte Baubetreuungsverträge geschlossen. Die Verträge mit verschiedenen Handwerkern waren in sich widersprüchlich: In der Rubrik "Auftraggeber" war der Name der Bauträgersgesellschaft eingetragen, unterschrieben hatte ein Mitarbeiter des "Bauträgers" über dem Stempelaufdruck "im Auftrage der Bauherrengemeinschaft". Diese war nicht näher bezeichnet. Die Handwerker, die wegen Streites zwischen Baubetreuer und Erwerbern über

1) vgl. oben S. 6 ff

2) so auch BGH NJW 1961, 1381; OLG Nürnberg, MDR 1960, 123; OLG Karlsruhe, Die Justiz 1964, 11; Locher, Baubetreuungsrecht, S. 21

Nachfinanzierungen ihr Geld nicht erhielten, klagten teils gegen die Erwerber, teils gegen die "Bauträgergesellschaft". In ersten Instanz fielen die Urteile (vor verschiedenen Kammern) unterschiedlich aus: Die Klage des Kaminbauers gegen die Erwerber wurde abgewiesen: Vertragspartner sei die Bauträgergesellschaft. Abgewiesen wurde ebenfalls die Klage des Schlossers gegen die Bauträgergesellschaft: Vertragspartner seien die Erwerber. Das OLG Hamm als Berufungsinstanz hat in beiden Fällen (26 U 106/79 und 24 U 144/79) entschieden, daß die Unklarheit zu Lasten der Bauträgergesellschaft gehe und mit dieser der Vertrag zustande gekommen sei.

Nach den hier vertretenen Grundsätzen wäre wie folgt zu entscheiden gewesen: Soweit der Handwerker den (gewollten) Fremdbezug erkannt hat, stimmt der innere Wille der Vertragsschließenden überein. Dies ist dann die maßgebliche Einigung. Vertragspartner sind dann nach § 164 die Erwerber geworden. In jedem anderen Fall geht der Widerspruch in der Vertragsurkunde zu Lasten des sich erklärenden Betreuers aus: Es liegt Handeln in eigenem Namen vor; der Betreuer wird selbst verpflichtet. Er kann den Handwerker nicht darauf verweisen, dieser hätte sich anhand der Gesamtumstände besser informieren müssen, etwa das vom Betreuer aufgestellte Bauschild auf einen Hinweis auf das Baubetreuungsmodell hin zu untersuchen und sich über dessen rechtliche Konsequenzen weitere Gedanken zu machen.

cc) Anforderungen an die Bezeichnung der Bauherrengemeinschaft

Aus der besonderen Pflichtigkeit des Erklärenden, das

Handeln in fremdem Namen deutlich zu machen, folgt aber noch mehr. Es reicht nicht aus, wenn er die Erklärung so formuliert, daß bei näherer Überprüfung Zweifel am Willen, sich selbst zu verpflichten, aufkommen. Vielmehr muß das Gesamtbild der Erklärungen deutlich machen, daß Handeln in fremdem Namen vorliegt. "Der erste Eindruck muß stimmen." Es geht daher zu Lasten des Erklärenden, wenn er Begriffe verwendet, die jedenfalls ihrem ersten Eindruck nach von einem Fremdbezug der Willenserklärung wegweisen und der Vertragspartner hieraus Handeln in eigenem Namen entnimmt. Daher obliegt es dem Betreuer, die von ihm vertretene Bauherrengemeinschaft hinreichend als von ihm selbst verschiedene Gruppen zu kennzeichnen. Sie muß also ordnungsgemäß bezeichnet werden.

Gesetzliche Vorschriften über die Art und Weise der Bezeichnung fehlen. Diese Feststellung läßt sich treffen, ohne die Rechtsnatur der Bauherrengemeinschaft im einzelnen zu bestimmen: Daß die Bauherrengemeinschaft keine juristische Person und auch keine Personenhandels-gesellschaft ist, ist evident. Daher gelten die handelsrechtlichen Firmierungsvorschriften nicht.

Für sonstige Gesamthandsverbände und auch für die Bruchteilsgemeinschaft fehlen Vorschriften über ihre Benennung beim Auftreten im Rechtsverkehr. Aus § 2058 Abs. 2 und auch aus der prozeßrechtlichen Vorschrift des § 736 ZPO läßt sich jedoch folgern, daß der Gesetzgeber davon ausgeht, alle Beteiligten würden namentlich benannt.

Danach müßten hinter dem Begriff "Bauherrengemeinschaft" die Namen aller beteiligten Erwerber folgen. Eine Bezeichnung der Gruppe als solche wäre nicht möglich.

Diese Konsequenz wird allgemein als zu weitgehend empfunden. Auch Personenverbände, die nicht dem Firmenrecht unterfallen, haben ein schutzwürdiges Interesse daran, unter einheitlicher Bezeichnung auftreten zu können. Sie haben daher ein - wenn auch möglicherweise eingeschränktes - Namensrecht¹.

In Ermangelung besonderer gesetzlicher Vorschriften ist davon auszugehen, daß der Bauherrengemeinschaft die Wahl ihres Namens grundsätzlich freisteht. Diese Möglichkeit könnte jedoch zum Schutze Dritter begrenzt sein. Die Grenze könnte sich aus einem Vergleich mit den §§ 19 ff HGB ergeben. Dort ordnet das Gesetz für die wesentlich geschlossener strukturierten Personengesellschaften an, daß grundsätzlich die Firmierung mit dem Namen eines der Gesellschafter und einem die Gesellschaft andeutenden Zusatz oder mit dem Namen aller Gesellschafter erfolgen muß. Eine reine Sachfirma ist erst zulässig, wenn es um eine juristische Person geht, vgl. etwa § 4 GmbHG. Aus diesem Zusammenhang könnte man folgendes entnehmen: Nicht firmenfähige Personenzusammenschlüsse, die nach der Vorstellung des Gesetzes durch die Namen aller Mitglieder gekennzeichnet werden, können sich bei ihrer Namensgebung von den Namen ihrer Mitglieder nicht weiter entfernen als die OGH von den Namen ihrer Gesellschafter.

Die Bauherrengemeinschaft brauchte dann zwar nicht zwingend den Namen aller Erwerber zu tragen. Dies dürfte

1) so Westermann, Handbuch, Rdn 142
vergl. zur Bezeichnung einer Wohnungseigentümer-
gemeinschaft BGH NJW 1977, 1696

schon aus praktischen Gründen bei sehr großen Bauherrengemeinschaften kaum möglich sein. Auch ist die namentliche Benennung aller Bauherren mehr, als der Handwerker benötigt, um den Unterschied Baubetreuer - Vertretener zu erkennen. Zu fordern wäre aber, daß der Bezeichnung "Bauherrengemeinschaft" wenigstens der Name eines Erwerbers mit einem die Mehrheit andeutenden Zusatz hinzugefügt wird (beispielsweise: Bauherrengemeinschaft Schulte u. a.).

Einer solchen Lösung stehen nicht die Belange der in dem Namen der Bauherrengemeinschaft benannten Personen entgegen: Diese könnten zwar etwa deshalb, weil ihr Name als Geldanleger nicht bekannt werden soll, Wert darauf legen, gegenüber den Handwerkern ungenannt zu bleiben. Dieses Interesse bleibt aber berechtigterweise ungeschützt. Der an einem Betreuungsmodell beteiligte Erwerber muß wirklich Besteller sein und diese Funktion wahrnehmen - wenn auch vertreten durch den Betreuer. Dem entspricht es, wenn er auch seine Identität gegenüber seinem Vertragspartner offenlegen muß. Dieses Offenlegen erfolgt auch nicht etwa überobligationsmäßig: Der benannte Erwerber wird nicht etwa Repräsentant für die gesamte Maßnahme, sondern durch die Namensbestandteile "Bauherrengemeinschaft ... u. a." bleibt klar, daß mehrere Personen beteiligt sind und der Benannte nur einer von diesen ist. Möglicherweise bedarf das Ergebnis jedoch deshalb einer Korrektur, weil auch in den §§ 19 ff HGB der Grundsatz der Firmenwahrheit nicht uneingeschränkt gilt, sondern vom Grundsatz der Firmenbeständigkeit überlagert wird. Zwar hat im Handelsverkehr der Rechtsverkehr ein rechtlich geschütztes Interesse daran, bereits durch die Firma Auskunft über die Haftungsverhältnisse zu erhalten. Dieser Grundsatz hat zum Beispiel dazu geführt, daß auch in die fortgeführte

Firma gesellschaftsrechtlich richtige Zusätze aufgenommen werden müssen¹.

Andererseits ergibt sich jedoch aus dem Wortlaut des § 24 HGB klar, daß niemand uneingeschränkt darauf vertrauen kann, die im Firmennamen genannten Personen seien auch tatsächlich Geschäftsinhaber. Entsprechend muß auch das Namensrecht eines nicht firmenfähigen Personenverbandes gesehen werden². Ein Dritter kann durch die Namenswahl einer Bauherrengemeinschaft also nur dann unzulässig getäuscht sein, wenn er durch die Bezeichnung über die Rechtsform an sich oder aber über die Verschiedenheit von Bauherrengemeinschaft und Dritten, insbesondere dem Betreuer, im unklaren bleibt.

Die Vortäuschung einer nicht gegebenen Rechtsform wird bereits dadurch hinreichend vermieden, daß in den Namen der Zusatz "Bauherrengemeinschaft" aufgenommen ist. Dadurch ist ersichtlich, daß es sich nicht um eine juristische Person, sondern um einen Personenzusammenschluß handelt. Strengere Anforderungen, wie etwa der Zusatz "Gesellschaft bürgerlichen Rechts" (falls die Bauherrengemeinschaft eine solche sein sollte), sind nicht zu stellen, da ein solcher Zusatz, wie noch darzustellen sein wird, über Haftung und Vertretung auch keine weitergehenden Aussagen macht³.

Schärfere Voraussetzungen müssen dagegen bestehen, wenn es um die Unterscheidbarkeit des Namens zu dem des Betreuers geht. Auch das Firmenrecht, etwa § 30 HGB, sucht zu vermeiden, daß unmittelbar nebeneinander die gleiche oder eine sehr ähnliche Firma mehrfach existiert. Die

1) für die KG: BGH NJW 1979, 1986 mwN; für die OHG: BGH NJW 1979, 2267

2) vgl. auch Westermann, Handbuch, Rdn 143

3) so auch allgemein für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Westermann, Handbuch, Rdn 143

Die sonst entstehende Verwechslungsgefahr besteht hier noch mehr als sonst allgemein im Handelsverkehr: Dadurch, daß der Betreuer umfassend die Rechte und Pflichten der Erwerber wahrnimmt, ist die Gefahr, daß die Vertreterstellung nicht erkannt und Handeln in eigenem Namen angenommen wird, besonders hoch. Diese Verwechslungsgefahr darf der Betreuer nicht dadurch verstärken, daß das Namensgebungsrecht für die Bauherrengemeinschaft entsprechend ausgeübt wird. Eine solche Beschränkung engt zwar die Möglichkeit des Betreuers, für sich zu werben, ein. Die Beziehung im Eingangsbeispiel "Bauherrengemeinschaft Hochbau und Finanz o71" etwa hat zweifellos den Effekt, den Bezug der Gesamtmaßnahme zum Betreuer deutlicher in den Vordergrund zu stellen, durch häufiges Nennen ihres wesentlichen Namensbestands für sie zu werben. Diese Interessen können im Verhältnis zu einem Vertragspartner, dem die Erkennbarkeit von Vertreterhandeln dadurch erschwert wird, nicht Vorrang haben. Vielmehr muß sich der Betreuer an diesem zu Werbezwecken erzeugten Eindruck auch rechtlich festhalten lassen: Gutgläubigen Dritten gegenüber liegt in einer solchen Bezeichnung Handeln in eigenem Namen.

Die Bezeichnung der Bauherrengemeinschaft mit der Bezeichnung der Lage des Bauobjektes ("Bauherrengemeinschaft X-Straße 45"; vgl. auch die Sachverhalte der o. a. BGH-Entscheidung) verfolgt zwar möglicherweise auch Werbezwecke. So erleichtert sie dem Betreuer die Akquisition; Interessenten kann das Projekt mit einer zugkräftigen Kurzbezeichnung vorgestellt werden. Andererseits besteht dagegen eine Verwechslungsgefahr nicht. Der Leser eines solchen Vertrages kann zwar nicht sehen, welche natürliche Personen nunmehr im einzelnen Vertragspartner werden. Dies ist aber, wie dargestellt, auch für den Geschäftspartner eines firmierenden Unter-

nehmens nicht möglich. Die Parallele zum Firmenrecht verbietet daher eine solche Bezeichnung nicht. Entscheidend ist, daß hier auch der flüchtige Leser nicht davon ausgehen kann, Vertreter und Vertretener seien identisch. Daher wird in diesem Fall das Namensgebungsrecht zulässig ausgeübt. Für das Offenkundigkeitserfordernis in § 164 folgt daraus, daß eine Bezeichnung der Bauherrngemeinschaft mit der Lage des Bauobjektes ausreicht, um das Handeln des Betreuers in fremdem Namen kenntlich zu machen.

Damit ergibt sich zusammengefaßt folgendes:

- In erster Linie ist auf den inneren Willen der Vertragsschließenden abzustellen. Wird also die Absicht des Vertreterhandelns durch den Auftragnehmer erkannt, so kommt der Vertrag immer mit den Erwerbern zustande, ohne daß es auf deren Bezeichnung im Vertrag ankommt.
- Wird der wirkliche Wille des Betreuers nicht erkannt, so ist seine Erklärung normativ auszulegen. Dabei trifft ihn eine gesteigerte Pflicht, den Fremdbezug der Erklärung deutlich zu machen. Widersprüche gehen zu seinen Lasten.
- Entnimmt ein Handwerker aus der Bezeichnung der Bauherrngemeinschaft mit dem Namen des Betreuers, daß er nur mit dem Betreuer abschließt, so wird dieses Vertrauen geschützt. Die Bezeichnung mit dem Namen der Erwerber oder der Lage des Bauobjektes dagegen ist ordnungsgemäß. Aus ihr kann der Handwerker nicht auf Handeln des Betreuers in eigenem Namen schließen.

2. Ansprüche des Handwerkers gegen den Betreuer, wenn dieser nach § 164, also unter Wahrung des Offenkundigkeitsprinzips, aufgetreten ist

Nach § 164 Abs. 1, 3 treffen bei Handeln im Namen des Vertretenen mit Vertretungsmacht die Rechtsfolgen den Vertretenen. Eine Haftung des Vertreters, hier des Betreuers, aus Vertrag entfällt. In Betracht kommt jedoch - neben hier nicht zu erörternden Extremfällen nach §§ 826, 823 Abs. 2 iVm § 263 StGB - eine Haftung aus den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluß (c.i.c.).

(1) In Rechtsprechung und Literatur ist allgemein anerkannt, daß aus diesem Gesichtspunkt der Vertreter mit Vertretungsmacht dem Vertragspartner haften kann. § 179 wird also nicht als Haftungsgrenze zugunsten des Vertreters verstanden¹.

(2) Einigkeit besteht darüber, daß nicht jedes Verhältnis zwischen Vertreter und Vertragspartner einen Anspruch aus c.i.c. tragen kann. Erforderlich ist, daß zwischen diesen Personen im Stadium der Vertragsanbahnung eine Situation wie sonst zwischen den Vertragspartnern entsteht. Der "andere" im iSv § 164 muß das Vertrauen, was er sonst typischerweise dem Vertretenen entgegenbringt, ausschließlich oder zumindest ebenso auf den Vertreter setzen.

1) BGH NJW 1979, 718 = BB 1979, 239 = WM 1979, 141 = JuS 1979, 745; BGHZ 71, 284 = JuS 1978, 783 mwN; Münchener Kommentar-Emmerich, vor § 275, Rdn 166; kritisch Medicus, Rdn 200 mwN

2) BGH WM 1979, 834; BGH WM 1964, 916; BGH WM 1967, 418; BGHZ 70, 337, 342: Haftung des Vertreters auch für Leistungsstörungen; BGHZ 14, 313; vgl. auch OLG Oldenburg OLGZ 79, 60 = NJW 1978, 2159 (nur Leitsatz)

Teilweise ist in der Rechtsprechung dieser Gedanke konkretisiert, gleichzeitig dadurch aber noch erweitert worden. Es wurde für ausreichend gehalten, daß der Vertreter ein wirtschaftliches Eigeninteresse am Abschluß des konkreten Rechtsgeschäfts hat¹. Folgt man dem, so bedarf die Annahme eines für die c.i.c. ausreichenden Verhältnisses zwischen Auftragnehmer und Baubetreuer keiner näheren Begründung.

Aber auch dann, wenn man fordert, daß im konkreten Einzelfall ein Vertrauensverhältnis vorliegen muß, könnte ein Anspruch aus c.i.c. des Handwerkers gegen den Betreuer möglich sein. Der Vergleich mit dem Hauptfall, an dem die Rechtsprechung den Anspruch entwickelt hat, scheint zunächst dagegen zu sprechen: Der gewerbliche Kfz-Vermittler, der den Gebrauchtwagenkäufer fahrlässig über die Beschaffenheit des Pkw falsch aufklärt, besitzt typischerweise erheblich mehr Fachkenntnisse als sein Kunde². Ebenso ist es bei einem in letzter Zeit viel diskutierten Fall, der Prospekthaftung von Anlagevermittlern³.

Der Unternehmer beim Werkvertrag ist dagegen kein Laie. Er steht dem Betreuer ebenfalls branchenkundig gegenüber. Dies schließt einen Anspruch aus c.i.c. aber nur dann aus, wenn damit die wesentliche Basis für das die c.i.c. tragende Schuldverhältnis angesprochen ist. Die bei dem Vertragspartner erwarteten Kenntnisse und Fähigkeiten sind selbstverständlich zu beachten bei Festlegung der gegenseitigen Pflichtenkreise. Sie können je-

1) BGHZ 56, 81; BGH WM 1978, 612, dort hatte der Vertreter zusätzlich mit einer eigenen Anzeige geworben

2) zu solchen Fällen vgl.: BGH WM 1977, 1048; BGHZ 63, 382; BGHZ 56, 81; eingehend dazu: Müller, NJW 1968, 2169

3) BGHZ 71, 284; BGH NJW 1979, 239; eingehend dazu: Hüffer, JuS 1979, 457; Schwark, BB 1979, 897

doch nicht dazu führen, ein Vertrauensverhältnis ganz entfallen zu lassen. Andernfalls würde gelten, daß gegenüber einem besonders versierten Vertragspartner überhaupt keine Pflichten entstehen können. Zwischen Kaufleuten zum Beispiel wäre ein Anspruch aus c.i.c. wegen Verletzung von Aufklärungspflichten überhaupt nicht denkbar. Für das Schuldverhältnis kommt es also nicht auf das Gegenüber von Laie und Fachmann an, sondern darauf, ob der Handwerker auf den Betreuer so wie sonst auf den Bauherrn vertraut. Maßgeblich ist das Gesamtverhalten des Betreuers bei Vertragsschluß und seine vorhersehbare Stellung bei der Vertragsdurchführung. Der Betreuer nimmt sämtliche Aufgaben gegenüber dem Auftragnehmer wahr. Er verweist damit auch den Auftragnehmer auf sein "Bestellvermögen" iSv § 631 und seine Organisationsfähigkeit bei der Baudurchführung. Etwa bei Koordinationsschwierigkeiten im Arbeitsablauf zwischen verschiedenen Gewerken wird sich der Auftragnehmer an die Adresse des Betreuers richten, an diesen werden die Abschlagsrechnungen, Fertigstellungsmeldungen, Verzögerungsanzeigen, Mahnungen etc. gehen. Der Betreuer ist Verhandlungs-, Abschluß- und Vertragsdurchführungsvertreter. Allein auf ihn kann also der Vertragspartner sein Vertrauen auf redliches Verhalten bei Vertragsschluß und Vertragsdurchführung richten. Dies rechtfertigt die Annahme eines vertragsähnlichen Verhältnisses, das einen Anspruch aus c.i.c. tragen kann. Der Auffassung von Craushaar¹ kann nicht gefolgt werden. Craushaar meint, eine Betreuerhaftung scheide aus, weil der Betreuer erkennbar in fremdem Namen gehandelt habe und offensichtlich nur als Zahlstelle fungiere. Ersteres Argument ließe jede Vertreterhaftung

1) Craushaar, Festschrift v. Caemmerer, S. 260 ff

aus c.i.c. entfallen - ein Ergebnis, dem auch Craushaar offensichtlich nicht beitreten will. Daß der Betreuer nur Zahlstelle (wie die Einlösungsstelle beim Wechsel, die nicht Bezogene ist) sein soll, läßt sich mit seinem tatsächlichen, auf umfassende Pflichtenwahrung gerichteten Verhalten nicht vereinbaren.

(3) Der Betreuer haftet aber nur bei schuldhafter Pflichtverletzung. Daher ist zunächst der Pflichtenkreis des Betreuers gegenüber dem Handwerker näher zu umreißen. Aus der umfassenden Vertreterstellung des Betreuers könnte ein umfassender Pflichtenkreis gegenüber dem Auftragnehmer folgen. Der Betreuer könnte selbst dem Unternehmer gegenüber für faire und klare Vertragsgestaltung und ordnungsgemäße Vertragsabwicklung haften. Ein so weitgehender Schutz des Auftragnehmers erscheint jedoch wegen typischerweise fehlenden Ungleichgewichts im Verhältnis Auftragnehmer - Betreuer ungerechtfertigt. Vom Auftragnehmer kann verlangt werden, daß er bei Vertragsschluß seine Interessen selbst wahrnimmt.

Eine Pflichtverletzung kommt jedoch in anderem Zusammenhang in Betracht: Durch das offengelegte Vertretungsverhältnis ist zwar grundsätzlich klargestellt, daß der Betreuer nicht für die Bezahlung der Werklohnforderung einstehen will. Andererseits ist für das Baubetreuungsmodell aber typisch, daß nicht der Werkunternehmer sich seine Vertragspartner aussucht und auch nicht aussuchen kann. Er hat vielmehr nur Kontakt mit dem Betreuer, der für ihn die Erwerber auswählt oder ausgewählt hat. Dies ist anders als beim "normalen" Bauvertrag, bei dem der Unternehmer die Bonität des Auftraggebers prüfen kann und erfahrungsgemäß dies auch tut. Darauf, daß der Betreuer für ihn eine Auswahl trifft, nur seriöse Kunden hat, vertraut also der Auftragnehmer erkennbar. Den Be-

treuer trifft damit im Verhältnis zum Auftragnehmer die Pflicht, die Bonität des Erwerbers zu prüfen. Praktisch kann dies in einem Verlangen nach Nachweis der Mittel (bei Eigenfinanzierung) oder in einer Sicherstellung des Finanzierungsbedarfs durch vorheriges Zustandebringen der Darlehnsverträge mit den Kreditinstituten geschehen. Eine solche Pflicht belastet auch den Betreuer nicht übermäßig, da er diese Maßnahmen bei wirtschaftlicher Betreuung ohnehin zu erbringen hat. Entsteht dem Werkunternehmer dadurch ein Schaden, daß seine Forderung nicht bezahlt wird, und hätte dies durch rechtzeitige Sicherstellung der Fremdfinanzierung oder durch sorgfältige Auswahl der Erwerber vermieden werden können, so hat der Betreuer dem Unternehmer Schadensersatz zu leisten.

(4) Ansprüche aus c.i.c. sind grundsätzlich auf Ersatz des negativen Interesses gerichtet. Soweit der Handwerker mit seiner Forderung keinen Ersatz vom Erwerber erhalten kann, haftet ihm danach der Betreuer auf Ersatz der vergeblich gemachten Aufwendungen und auf Ersatz des Verdienstes, den der Unternehmer sonst bei Durchführung eines anderen Bauvorhabens gehabt hätte. Von Ausnahmefällen abgesehen wird dieser Verdienst in etwa dem entsprechen, den der Unternehmer für das durchgeführte Bauvorhaben erhalten sollte. Fehlt anderweitiger Parteivortrag, so erscheint es deshalb zulässig, den vom Betreuer zu ersetzenden Betrag gemäß § 286 ZPO mit der Summe festzustellen, die dem Unternehmer bei diesem Bauvorhaben entgeht.

Da der Betreuer so für die Bezahlung der Schulden eines Dritten verantwortlich ist, liegt es nahe, die nähere Ausgestaltung dieser Haftung an einem gesetzlichen Modell der Haftung für fremde Schuld zu orientieren. Es bietet

sich für die Bestimmung von Art und Umfang der Haftung eine entsprechende Heranziehung der §§ 767 ff an. Diese realisieren auf der einen Seite das nach der Pflichtverletzung berechtigt bestehende Haftungsinteresse, begrenzen aber andererseits die Haftung sinnvoll. So kann in analoger Anwendung des § 771 der Betreuer nur in Anspruch genommen werden, wenn die Zwangsvollstreckung gegenüber dem Erwerber erfolglos versucht worden ist; dem Betreuer ist es entsprechend §§ 767, 770, 778 möglich, sich auf sämtliche Mängel des Anspruches gegen den Erwerber zu berufen. Andererseits erhält der Auftragnehmer sein volles Interesse, also auch die Kosten der Rechtsverfolgung und der Zinsen, vgl. § 767.

Zusammenfassend ergibt sich:

Der Werkunternehmer hat gegen den Betreuer Ansprüche aus c.i.c., wenn die Werklohnforderung nicht bezahlt wird und dies auf schuldhafter Falschwahl der Erwerber durch den Betreuer beruht. Der Anspruchsumfang und Inhalt im übrigen ergibt sich im Regelfall aus analoger Anwendung der §§ 767 ff.

3. Ansprüche des Unternehmers gegen die Erwerber, wenn der Betreuer den Werkvertrag in eigenem Namen abgeschlossen hat

Vertragliche Ansprüche scheiden hier aus, da der Bauvertrag nur mit dem Betreuer zustande gekommen ist. Möglicherweise hat der Unternehmer gegen die Erwerber jedoch gesetzliche Ansprüche, mit denen er Vergütung für die Bauleistungen verlangen kann.

a) Anspruch aus §§ 951, 812

Nach überwiegender Auffassung stellt § 951 einen Verweis auf die Voraussetzungen des § 812 dar, und zwar sowohl für die Leistungskondition als auch für die Nichtleistungskondition¹. Nach anderer Auffassung gilt für die Eingriffskondition § 951 überhaupt nicht. Danach soll § 812 in diesem Bereich direkt anwendbar sein². Weiter ist streitig, ob über §§ 951, 812 nur Ersatz für das Material, an dem der Rechtsverlust, hier nach § 946, eintritt, gewährt wird und der Ersatz für den aufgewendeten Arbeitseinsatz über § 812 abgewickelt werden muß³ oder ob für Material und Arbeit der Ausgleich einheitlich nach §§ 951, 812 erfolgt⁴.

All dies kann jedoch, ebenso wie die Frage, was der einzelne Erwerber sachenrechtlich gesehen genau erwirbt, offenbleiben, wenn hier keine der in § 812 vorgesehenen Kondiktionsarten vorliegt. Dies ist nämlich nach allen Auffassungen und für jeden angestrebten Ersatz erforderlich.

(1) Eine Kondition nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall setzt voraus, daß der Handwerker an die Erwerber geleistet hat. Darunter ist nach ganz überwiegender Auffassung in der Literatur und inzwischen gefestigten Recht-

1) BGHZ 40, 272; Huber, JuS 1970, 342; Berg, AcP 160, 5aa; RGRK-Johannsen, § 951 Rdn 7; Koppensteiner, NJW 1971, 592

2) Westermann, § 54, 2; Baur, § 53 c I 2; weitere Nachweise bei Götz, S. 34, FN 123

3) so BGHZ 10, 179 ff; BGH WM 1976, 369, 370; BGH WM 1973, 71, 72; Palandt, § 951, 2 c bb; Westermann, § 54, 5 b, S. 265; Staudinger-Berg, § 951, 7

4) so RGRK-Johannsen, § 951 Rdn 12; unklar: BGH NJW 1954, 265, 266; vgl. dazu Diederichsen, JurA 1970, 398, ZR, S. 48

sprechung¹ die bewußte, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens zu verstehen. Verfolgter Zweck muß dabei in § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. im Unterschied zu S. 2, 2. Fall die Erfüllung einer Verbindlichkeit sein. Aus welcher Sicht zu beurteilen ist, ob eine Leistung vorliegt, ist wieder streitig.

Teilweise wird vertreten, daß die Sicht des Zuwendenden maßgeblich sei². Folgt man dem, so scheidet ein Anspruch aus: Der Auftragnehmer will gerade nicht einen Vertrag mit den Erwerbbern, sondern mit dem Betreuer erfüllen. Er leistet also an letzteren. Nach der Rechtsprechung ist dagegen die Sicht des Empfängers maßgeblich. Dies wird mit einer analogen Anwendung der §§ 133, 157 begründet³.

Von dieser Auffassung her könnte man für einen Bereicherungsanspruch aus Leistungskondition anführen: Der Erwerber, der mit dem Betreuer einen Baubetreuungsvertrag geschlossen und Vollmacht erteilt hat, geht davon aus, daß der Handwerker für ihn als Auftraggeber arbeitet, also an ihn leistet.

Ob aber die Rechtsprechung auch für diesen Fall so entscheiden würde, erscheint zweifelhaft. Die Problematik wird deutlich, wenn man sich das Argument der Gegner der herrschenden Meinung ansieht: Danach ist das Abstellen auf die Sicht des Empfängers deshalb verfehlt, weil

1) BGHZ 58, 188; BGHZ 50, 227; BGHZ 48, 70; BGHZ 40, 272; BGH NJW 1974, 1132; Pinger, AcP 179, 301, 302; Erman-H.P.Westermann, § 812 Rdn 12; Weitnauer, Festschrift vCaemmerer, 1978, S. 260, 267; dagegen: Canaris, S. 799, 857

2) Medicus, Rdn 688; Soergel-Mühl, § 951 Rdn 3; Ehmann, NJW 1969, 401; Weitnauer, NJW 1974, 1729; Berg, JuS 1964, 720; Larenz, SchuldR II, § 68 III 2 d

3) BGHZ 40, 272; BGH NJW 1974, 1132

dieser bereits durch die Möglichkeit, sich auf § 818 Abs. 3 zu berufen, hinreichend geschützt sei. Daraus folgt: Die Anwendung des Grundsatzes von der Maßgeblichkeit des Empfängerhorizontes dient dem Schutz des Empfängers.

Die Rechtsprechung hat ihn daher auch für Fälle entwickelt, in denen derjenige, der den Rechtsverlust erlitt, durchaus an den Anspruchsgegner leisten wollte, dieser die Absicht aber bei Anlegung der Maßstäbe der §§ 133, 157 nicht erkennen konnte¹.

Im hier zu entscheidenden Fall führte jedoch der Grundsatz von der Maßgeblichkeit des Empfängerhorizontes zum Schutz des Leistenden, des Bauhandwerkers. Er hätte den Vertragsanspruch gegen den Betreuer und außerdem einen Bereichungsanspruch gegen die Erwerber. Der Grundsatz von der Maßgeblichkeit des Empfängerhorizontes würde in seiner Zweckrichtung geradezu umgekehrt. Er bedarf daher einer Einschränkung: Maßgeblich kann der Empfängerhorizont nur sein, wenn der Zuwendende selbst auch tatsächlich an den Empfänger leisten wollte. Legt man das zugrunde, so scheidet hier ein Anspruch aus Leistungskondition aus.

(2) Damit steht auch fest, daß der Auftragnehmer von den Erwerbern nicht "in sonstiger Weise" gemäß § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Fall kondizieren kann. Das Verhältnis der Leistungskondition zu den Nichtleistungskonditionen wird für den Regelfall durch den Grundsatz vom Vorrang der Leistungen bestimmt: Eine Eingriffskondition ist nicht möglich, wenn der Anspruchsteller den Gegenstand an einen Dritten geleistet hat².

1) vgl. BGH NJW 1974, 1132

2) BGHZ 20, 272; BGHZ 56, 228; Berg, NJW 1964, 72

Das Leistungsverhältnis des Werkunternehmers zum Betreuer schließt danach einen Bereicherungsanspruch gegen die Erwerber aus¹. In der Literatur wird der Satz vom Vorrang der Leistungsbeziehung jedoch zunehmend nicht mehr als bereicherungsrechtliches Dogma, sondern als "Daumenregel" verstanden. Eine an der im Einzelfall vorliegenden Interessenlage orientierte Wertung kann nach dieser Auffassung zu anderen Ergebnissen kommen².

Hierbei dürfen die sachenrechtlichen Wertentscheidungen, wie ihre bereicherungsrechtliche Vervollständigung durch § 816 Abs. 1 S. 2 zeigt, ergänzend herangezogen werden. Diese ergeben sich, da es hier um den Einbau beweglicher Sachen geht, aus §§ 932 ff. Ungeschützt gegenüber gutgläubigen Dritten (Rechtsgedanke des § 932) muß daher auch bereicherungsrechtlich sein, wer die Sache freiwillig aus der Hand gegeben hat (Rechtsgedanke aus § 935). Dies ist beim Auftragnehmer, der das Material und den Arbeitseinsatz bewußt und gewollt aufgrund eines Vertrages mit dem Betreuer weggibt, der Fall. Er benötigt daher keinen bereicherungsrechtlichen Schutz. Auch ein Anspruch aus Kondiktion in sonstiger Weise scheidet aus.

Dem Unternehmer stehen also keine Ansprüche aus § 812 zu.

b) Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag

In Betracht kommen könnte jedoch ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag, also aus §§ 683, 670 bei berechtigter GoA, sonst aus §§ 684, 812.

1) so wohl auch Locher-Koeble, Rdn 154

2) H.P.Westermann, JuS 1972, 18, 23; Reeb, JuS 1973, 227; Picker, NJW 1974, 1790; Fiedler, JR 1975, 315

(1) Eine insoweit mit der hier zu beurteilenden ähnliche Fallkonstellation hatte das OLG Hamm¹ zu entscheiden. Dort hatte jemand den Pkw seiner Ehefrau in eigenem Namen in Reparatur gegeben. Der Unternehmer verlangte jetzt Ersatz des Reparaturkostenaufwandes von der Ehefrau. Das OLG Hamm verstand unter Berufung auf eine Entscheidung des BGH² die Voraussetzungen der GoA, § 677 1. HS sehr weit. Für das fremde Geschäft reiche, daß die Reparatur dem Eigentum der Ehefrau zugute gekommen sei; bei fremdem Geschäft werde der Fremdgeschäftsführungswille vermutet; ein spezielles Rechtsverhältnis zwischen Unternehmer und Ehefrau liege nicht vor.

Trotz der danach gegebenen Geschäftsführung ohne Auftrag lehnte das Gericht einen Ersatzanspruch ab: Da aus (hier nicht näher interessierenden) tatsächlichen Gründen die GoA nicht berechtigt sei, komme nur ein Anspruch aus § 684 in Betracht: Dieser scheide jedoch aus, weil die Vorschrift als Rechtsgrundverweis zu verstehen sei und ein Bereicherungsverhältnis zwischen Unternehmer und Ehefrau wegen der Leistungsbeziehungen Unternehmer - Ehemann ausscheide.

Überträgt man den Gedanken ganz auf den hier zu entscheidenden Fall, so entfällt ein Anspruch zumindest aus §§ 684, 812. Auch hier fehlt es am Bereicherungsverhältnis Auftragnehmer - Erwerber. Übernimmt man dagegen nur den Gedankengang zu den Voraussetzungen der GoA, so ist ein Anspruch aus GoA durchaus näher in Erwägung zu ziehen. Es entspricht nicht der herrschenden Meinung, § 684 als Rechtsgrundverweis anzusehen. Ober-

1) NJW 1974, 951

2) BGHZ 40, 28, 31 = NJW 1963, 1825 (Funkenflug-Fall)

wiegend versteht man die Vorschrift so, daß Ersatz nach Bereicherungsrecht zu gewähren ist, ohne daß es auf die Voraussetzung der §§ 812 ff ankomme¹. Zum anderen wird in den meisten Fällen die Übernahme der Bauerrichtung dem Willen und Interesse der Erwerber entsprechen, also § 683 seinen Voraussetzungen nach gegeben sein. Ein mit dem OLG Hamm weit verstandener § 677 S. 1 ist damit Basis für vertragsähnliche (berechtigte GoA) oder zumindest bereicherungsrechtliche Ansprüche (unberechtigte GoA) des Werkunternehmers gegen die Erwerber.

(2) Eine Parallele zum hier zu entscheidenden Fall weisen auch die häufig entschiedenen Abschlepp-Fälle auf: Ein Abschleppunternehmer hat mit der Polizei einen Werkvertrag geschlossen, wonach er auf Anforderung verkehrswidrig parkende Wagen abzuschleppen hat. Teilweise haben die Gerichte trotz des Werkvertrages zwischen Polizei und Unternehmer letzterem einen Aufwendungsersatzanspruch gegen den Eigentümer des Pkw aus GoA zugeprochen. Dies wurde ebenfalls mit dem dargestellten weiten Verständnis des § 677 1. HS begründet².

(3) Für die Entscheidung, ob der Unternehmer neben dem vertraglichen Anspruch gegen den Betreuer noch Aufwendungsersatz von den Erwerbern verlangen kann, kommt es also darauf an, ob dieser Auslegung des § 677 1. HS gefolgt werden kann. Sie beruht letztlich auf zwei, zur GoA aufgestellten Definitionen:

1) vgl. die umfangreichen Nachweise bei OLG Hamm, a.a.O.; weiterhin: BGH WM 1976, 1056, 1060

2) zuletzt: LG München, NJW 1976, 898; ebenso LG Lüneburg, MDR 1965, 742; LG Braunschweig, NJW 1966, 1820; in letzter Zeit nehmen allerdings die Entscheidungen zu, die einen Anspruch ablehnen: LG München, NJW 1978, 48; vgl. weiter ablehnend: Schubert, NJW 1978, 687; Gursky, JurA 1969, 103, 111

- Bei einem fremden Geschäft wird der Fremdgeschäftsführungswille bis zum Beweis des Gegenteils durch den Geschäftsherrn vermutet.
- Fremd ist ein Geschäft schon dann, wenn es objektiv dem Interessenkreis eines anderen zugeordnet werden kann. Dabei reicht aus, daß dies wenigstens auch möglich ist. Ob der Geschäftsführer dabei auch im eigenen Interessen- oder Pflichtenkreis tätig wird, ist unerheblich.

Beide Thesen gehen auf Entscheidungen zurück, denen im Ergebnis ohne Zweifel beizutreten ist.

(a) Daß der Fremdgeschäftsführungswille bei objektiv fremden Geschäften zu vermuten ist, wurde in den Entscheidungen zur Selbstaufopferung im Straßenverkehr entwickelt: Wer, um einen anderen zu retten, die eigenen Rechtsgüter aufs Spiel setzt und dabei mehr tut, als eine Verkehrssicherungspflicht ihm gebietet (einen Unfall verhindert, der für ihn ein unabwendbares Ereignis nach § 7 Abs. 2 StVG gewesen wäre), soll vom Begünstigten Ersatz der Aufwendungen und Schäden nach § 683 erhalten¹.

In diesen Fällen ist es offensichtlich nicht gerechtfertigt, einen Anspruch am fehlenden Fremdgeschäftsführungswillen scheitern zu lassen, etwa mit der Begründung: Der Geschäftsführer solle erst dartun (und nach Bestreiten durch den anderen auch beweisen), daß sein Ausweichmanöver bewußt und gewollt und nicht etwa nur ein nicht willentlich gesteuerter Reflex gewesen sei².

1) vgl. hierzu etwa BGHT 38, 270, 279 = NJW 1963, 390 mwN; OLG Oldenburg, VRS 43, 312

2) so auch BGH, a.a.O.

(b) Die Figur des "Auch-fremden-Geschäftes" dagegen geht auf die Fälle der Beseitigung einer Gefahrenquelle durch einen von mehreren Verpflichteten zurück. Beispielshaft und in der BGH-Rechtsprechung wohl grundlegend ist der "Funkenflug-Fall": Durch Funkenflug aus einer Dampflokomotive war ein Waldbrand entstanden und von der nach dem Feuerschutzgesetz des Landes zuständigen Feuerwehr gelöscht worden¹. Dieser hat der BGH Ersatz gegen die Bahn über §§ 683, 670 zugesprochen und die Geschäftsführung ohne Auftrag damit begründet, die Feuerwehr habe die Verkehrssicherungspflicht der Bahn erfüllt. Daß sie außerdem kraft öffentlichen Rechts selbst zum Tätigwerden verpflichtet sei, schließe die Fremdheit des Geschäfts nicht aus. Der Fremdgeschäftsführungswille - hier wird der Satz aus den Selbstaufopferungsfällen zum ersten Mal ohne weiteres übernommen - sei zu vermuten².

Dieser Entscheidung sind eine Reihe von ähnlich liegenden gefolgt³.

(4) Den Funkenflug-Fall führt das OLG Hamm in seiner Entscheidung als Beleg für die von ihm vertretene weite Auffassung des § 677 an⁴.

Es liegt auf der Hand, daß dieser Fall, ebenso wie der Selbstaufopferungsfall, mit der hier zu entscheidenden Konstellation keine Ähnlichkeit aufweist. Aussagen zu

1) BGHZ 40, 28, 31 = NJW 1963, 1825

2) BGHZ 38, 270 wird ausdrücklich als Belegstelle angeführt; vgl. NJW 1963, 1826, erste Spalte unten

3) vgl. etwa BGHZ 65, 354 (Bimsgruben-Fall); BGH NJW 1965, 207 (Ölunfall der Feuerwehr)

4) NJW 1974, 852, 1. Spalte

diesen Urteilen dürfen daher nicht aus dem Zusammenhang genommen und nach hier übertragen werden. Vielmehr hätte es einer eingehenden Prüfung bedurft, um die Thesen vom "auch fremden" Geschäft und vom vermuteten Fremdgeschäftsführungswillen auch hier anzuwenden.

In letzter Zeit wird entsprechend die extensive Auslegung des § 677 in der Literatur und auch durch einen Teil der Rechtsprechung angegriffen¹. Zum einen wird eingewandt, die Zulassung der GoA-Ansprüche neben Vertragsansprüchen widerspreche den zum Bereicherungsrecht entwickelten Grundsätzen. Wer an eine Person leiste, könne sich hinsichtlich des Entgelts nur an diese halten. Andernfalls komme man zu der vom BGB mit Bedacht nicht zugelassenen Versionsklage². Der Werkunternehmer könnte danach von den Erwerbern schon deshalb nichts verlangen, weil er mit dem Betreuer einen Vertrag geschlossen hat. Um dem folgen zu können, müßte richtig sein, daß die bereicherungsrechtliche und die Wertung in der GoA gleichzuschalten sind. Dagegen spricht jedoch die zwar im Gesetz selbst noch nicht konsequent gesehene, aber heute wohl einhellig anerkannte Unterscheidung zwischen den beiden Arten der GoA: Die berechnigte GoA ist als erwünschte Hilfeleistung vertragsähnlich ausgestaltet und auch so, wo Regelungen fehlen, zu ergänzen. So kann beispielsweise die berechnigte GoA Rechtsgrund iSv § 812 sein. Außerdem ist sie Schuldverhältnis im Sinne der positiven Vertragsverletzung. Die unberechnigte GoA ist dagegen als unerwünschte Einmischung in fremde Angelegenheiten bereicherungs- und deliktsähnlich ausgestaltet, vgl. §§ 678, 684.

1) vgl. Wollschläger, 52 ff, 319 ff; Gursky, JurA 1969, 103 ff; Schubert, NJW 1978, 687; aus der Rechtsprechung: OLG Frankfurt, NJW 1977, 1924 (ausdrückliche Ablehnung der Kriterien des BGH im Funkenflug-Fall)

2) Medicus, Rdn 414

Es ist daher nicht sachgerecht, bereicherungsrechtliche Anspruchsbeschränkungen, auch nicht von den Voraussetzungen her, automatisch auf die GoA zu übertragen. Vielmehr zeigt der vertragsähnliche Charakter der berechtigten GoA, daß sie neben Vertragsansprüchen denkbar ist: Eine Person kann sich durchaus zwei Gläubigern zu derselben einheitlichen Leistung verpflichten. Ebenso muß wegen einer Handlung ein Leistungsverhältnis aufgrund Vertrages, ein anderes aufgrund (berechtigter) GoA möglich sein. Allein mit der Vertragsbeziehung Werkunternehmer-Betreuer läßt sich ein Anspruch gegen die Erwerber aus GoA daher nicht ablehnen.

Weiterhin wird gegen die weite Auslegung der GoA eingewandt, durch Zulassung von Ersatzansprüchen bei "Auch fremden-Geschäften" werde die GoA zu einem Institut allgemeinen Billigkeitsausgleiches verfälscht¹. Richtig ist daran, daß nicht immer dann, wenn durch eine Maßnahme eine eigene und eine fremde Verpflichtung erfüllt wird, der Handelnde vollen Ausgleich von anderen verlangen kann. Andernfalls hinge der Ausgleich vom Zufall ab. Wer die Pflicht als erster erfülle, stünde besser: es käme zu einem "Wettlauf" der Pflichtigen. Vor allem aber wären die Ergebnisse auch sachlich offensichtlich unrichtig: Soll etwa im Funkenflug-Fall die Bundesbahn, hätte sie als erste gelöscht, von der Feuerwehr Ersatz verlangen können?

Dies zeigt, daß beim "Auch-fremden-Geschäft" über Ansprüche aus GoA nur im Wege einer umfassenden Wertung, ähnlich wie etwa beim Ausgleich zwischen Gesamtschuldnern² darüber entschieden werden kann, ob Aus-

1) Medicus, Rdn 412

2) vgl. Palandt-Heinrichs, § 426 Rdn 3 d

gleich stattzufinden hat¹.

Der Frage, wo die Linien einer solchen Wertung im einzelnen verlaufen, braucht hier jedoch nicht weiter nachgegangen zu werden. Mit dem hier zu entscheidenden Fall besteht nämlich so wenig Ähnlichkeit, daß eine Übertragung von Grundsätzen von der einer Fallgruppe auf die andere ausscheidet. Bei Fällen wie dem Funken-Fall (und auch dem Selbstaufopferungsfall) geht es um die Verteilung der Verantwortlichkeit zwischen mehreren, als Pflichtigen bereits feststehenden Personen. Die Fälle haben von der Interessenlage her viel gemeinsam mit dem Regreßverhältnis zwischen Gesamtschuldnern. Der Unterschied zum Gesamtschuldnerverhältnis besteht lediglich - für das Innenverhältnis unerheblich - darin, daß der gemeinsame Gläubiger fehlt: Einer der Pflichtigen schuldet aus öffentlichem Recht keinem konkreten Gläubiger, sondern der Allgemeinheit gegenüber.

Der hier zu entscheidende Fall verlangt dagegen die Beantwortung der Frage, ob neben dem vertraglich Verpflichteten noch ein Dritter wegen Bezahlung derselben Maßnahme über die Anspruchsgrundlagen der GoA verpflichtet sein kann. Schon deshalb kann nicht unter Berufung auf ein "Auch-fremdes-Geschäft" die Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens bejaht werden.

Wenn damit aber die GoA neben einer vertraglichen Verpflichtung weder ohne weiteres ausscheidet noch vermutet werden kann, so bleibt nur ihre Voraussetzung im einzelnen zu prüfen. Die GoA ist also insbesondere nur dann möglich, wenn das Vorliegen eines konkreten Fremdgeschäftsführungswillens positiv festgestellt werden kann².

1) richtig daher BGHZ 16, 12, 16: Ein Miteigentümer reißt baufällige Giebelmauer ein und erhält vom anderen Miteigentümer die Hälfte der Kosten über §§ 683, 670

2) so auch Schubert, NJW 1978, 687; OLG Frankfurt, NJW 1977, 1924; Stein, 90 ff

Dies verlangt: Der Handelnde muß wissen und wollen, daß er neben der vertraglichen Verpflichtung noch für einen Dritten tätig wird. Er muß also zwei Tilgungszwecke verfolgen. Übertragen auf das Verhältnis Auftragnehmer - Betreuer - Erwerber bedeutet das: Für die Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag müßte der Auftragnehmer wissen und wollen, daß er mit der Bauerrichtung einerseits den Bauvertrag erfüllt, andererseits daneben noch für die Erwerber eine Leistung erbringt.

Das scheidet bei der Besonderheit der hier untersuchten Fallkonstellation aus: Der Bauvertrag kommt nur deshalb mit dem Betreuer zustande, weil der Auftragnehmer nicht erkannt hat und auch nicht zu erkennen braucht, daß der Betreuer eigentlich als Vertreter auftreten will. Damit ist charakteristisch, daß der Auftragnehmer nur dem Betreuer und nicht dem Erwerber, auch nicht zusätzlich noch diesem, zuwenden will. Ihm fehlt daher der für die GoA erforderliche Fremdgeschäftsführungswille. Ein Anspruch aus berechtigter oder unberechtigter GoA scheidet damit aus.

Die Erwerber sind keinen gesetzlichen Ansprüchen des Auftragnehmers ausgesetzt, wenn der Betreuer den Vertrag in eigenem Namen abgeschlossen hat.

4. Umgestaltung der vertraglichen Beziehung zu einem Vertrag Unternehmer - Erwerber

Zu erörtern bleibt jedoch, inwieweit die Beteiligten die Möglichkeit haben, das damit feststehende Ergebnis abschließlicher vertraglicher Beziehungen des Auftragnehmers zum Betreuer aufzuheben und in einen Vertrag zwischen Auf-

fragnehmer und Erwerber zu verändern. Hieran können durchaus alle Beteiligten interessiert sein: der Betreuer deshalb, weil er damit aus der Haftung entlassen wird; der Unternehmer, weil er in den Erwerbern die sicheren Vertragspartner sieht; die Erwerber schließlich, weil sie sich die steuerlichen Vorteile erhalten wollen, die sie als Bauherren und daher nur bei vertraglichen Beziehungen zum Bauhandwerker haben.

(1) Treffen die drei Interessen zusammen, so bietet sich die Vereinbarung einer Vertragsübernahme an. Der Betreuer kann dabei in zweifacher Funktion handeln, nämlich in eigenem Namen und im Namen der Erwerber. § 181 steht dem auch dann nicht entgegen, wenn die Vorschrift nicht generell abbedungen ist. Durch den Betreuungsvertrag ist der Betreuer verpflichtet, die Bauverträge in fremdem Namen abzuschließen. Die Korrektur des abgeschlossenen Vertrages ist also gestattet. Kraft ihrer Vertragsfreiheit haben die Parteien bei dieser Vereinbarung die Möglichkeit, sich so zu stellen, als sei der Vertrag von Anfang an zwischen Auftragnehmer und Erwerber abgeschlossen. Bedenken bestehen aber, dies auch steuerlich anzuerkennen. Die schuldrechtliche Vereinbarung kann zwar als rückwirkend geltend getroffen werden, andererseits kennt aber derjenige, der die Vereinbarung schließen will, den tatsächlichen Verlauf in der Vergangenheit; insoweit kann man nicht sagen, daß er das Bauherrenrisiko in gleicher Weise wie bei der ursprünglichen Vereinbarung trägt. Steuerlich dürfte dem Vorgang daher jedenfalls dann die Anerkennung zu versagen sein, wenn die Vertragsübernahme dann erfolgt, wenn das Vertragsrisiko sich bereits im wesentlichen realisiert hat.

(2) Der Betreuer dagegen kann sich von dem Vertrag nicht einseitig, etwa durch Anfechtung, lösen. Zwar befand er sich im Irrtum nach § 119 Abs. 1, als er sich in eigenem Namen erklärte, aber in fremdem Namen handeln wollte. Seine Anfechtungsmöglichkeit ist jedoch nach § 164 Abs. 2 ausgeschlossen.

(3) Möglicherweise kann der Werkunternehmer durch entsprechende Erklärung das Vertragsverhältnis in eines mit den Erwerbern umwandeln. Man könnte daran denken, dem Auftragnehmer, der nach Vertragsschluß den wirklichen Willen des Betreuers erkennt, folgendes einzuräumen: Er kann auf den wirklichen Willen des Betreuers zurückkommen und durch Erklärung diesem gegenüber noch nachträglich den Bauvertrag mit dem Erwerber zustande bringen.

Daran könnte der Handwerker insbesondere ein Interesse haben, wenn der Vertragswortlaut unklar für ihn ist und er vor der Aufnahme eines Prozesses um die Werklohnforderung die Passivlegitimation klarstellen will oder etwa dann, wenn die Zahlungsfähigkeit des Betreuers zweifelhaft ist.

Eine solche Erklärung des Auftragnehmers hätte die gewünschte Wirkung, wenn man sie als Annahme eines noch wirksamen Angebots des Betreuers für die Erwerber verstehen kann.

Ansatzpunkt dafür kann sein, daß der Auftragnehmer, hätte er den Willen des Betreuers zum Vertreterhandeln bei Vertragsschluß erkannt, diesen hätte annehmen können. Ohne Rücksicht auf den verobjektivierten Empfängerhorizont, der auf den äußeren Tatbestand abstellt, ist der innere Wille maßgeblich, wenn er erkannt wird¹.

1) vgl. oben S. 117

Andererseits sprechen aber auch von vornherein erhebliche Gründe dagegen, daß dieser innere Wille jetzt noch für eine annahmefähige Willenserklärung ausreicht: Wenn der innere Wille bekannt geworden wäre, hätte nur er angenommen werden können und nicht außerdem oder wahlweise der als nicht gewollt erkannte Tatbestand. Äußerer und innerer Tatbestand bilden auch dann zusammen nur eine Willenserklärung, wenn sie inhaltlich divergieren. Durch den Abschluß des Bauvertrages mit dem Betreuer ist auch der innere Tatbestand der Erklärung des Betreuers "verbraucht". Eine vom Bauvertrag abweichende annahmefähige Erklärung liegt nicht mehr vor. Der Bauunternehmer kann also keinen Vertrag mit den Erwerbern zustande bringen.

III. Die Betreuervollmacht

1. Der Umfang der Vollmacht

Die Vollmacht wird in aller Regel von den Erwerbern in Verbindung mit dem Abschluß des Betreuungsvertrages erteilt, ist also Innenvollmacht nach § 167 1. Alt.¹. Ihr Inhalt kann sich aus einer gesondert ausgestellten Urkunde ergeben, aber auch zusätzlich oder auch allein² aus dem Text der Urkunde über den Baubetreuungsvertrag. Es ist allgemein üblich, die die Vollmacht unmittelbar betreffenden Textteile sehr weit zu formulieren. Der Betreuer wird im Rahmen der wirtschaftlichen Betreuung bevollmächtigt, die Handwerker Auswahl und den Abschluß sämtlicher Bauverträge und ihre Abwicklung zu tätigen³.

1) so auch Locher-Koeble, Rdn 134

2) so offensichtlich in dem BGHZ 67, 334 = NJW 1977, 294 zugrunde liegenden Sachverhalt

3) vgl. BGHZ 67, 334 = NJW 1977, 294

a) Fallgestaltungen aus der Praxis

Zur Veranschaulichung sollen zwei aus der Praxis entnommene Fallgestaltungen wiedergegeben werden.

Beispiel 1: Die Erwerber bevollmächtigen den Baubetreuer privatschriftlich im Baubetreuungsvertrag zur Durchführung aller Maßnahmen, die mit der Bauerrichtung zu tun haben. Das sachenrechtliche Geschäft wickelt über eine notarielle Vollmacht ein zusätzlich eingeschalteter Treuhänder ab (in diesem Fall eine andere juristische Person, sonst häufig auch ein Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer). Dieser Treuhänder übt nachher Kontrollfunktionen über den Betreuer aus, verwaltet insbesondere die Baukonten mit. (Es sei darauf hingewiesen, daß die Einschaltung eines Treuhänders neben dem Baubetreuer zu einer weiteren Entstehung von Werbungskosten in Höhe von maximal 1 % der Gesamtsumme führt¹⁾.)

Die Betreuervollmacht lautet:

Vollmacht

1. Der Bauherr erteilt hiermit dem Betreuer die Vollmacht, für ihn alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, die im Rahmen dieses Vertrages zur Durchführung des Bauvorhabens erforderlich sind. Der Betreuer ist berechtigt, Untervollmachten zu erteilen.
2. Der Betreuer verpflichtet sich, von seiner Vollmacht nur im Rahmen seines Auftrages Gebrauch zu machen und diejenigen Einschränkungen zu beachten, die ihm durch die Befugnisse des Treuhänders auferlegt sind.
3. Der Bauherr ermächtigt neben dem Treuhänder auch den Betreuer und die von diesem beauftragten Personen, das dem Bauherren zustehende Hausrecht auf der Baustelle auszuüben.

1) vgl. Ziff. 2 f und j des Bauherrenenerlasses

Die Treuhändervollmacht lautet:

Treuhändervollmacht

Der Treugeber erteilt hiermit dem Treuhänder

Vollmacht

in umfassender Weise - soweit gesetzlich zulässig - die Rechte und Interessen des Treugebers sowie dessen Pflichten und Lasten wahrzunehmen bzw. zu begründen und zu erfüllen, die im Zusammenhang mit dem obengenannten Erwerb des Grundstücks der Errichtung des auf dem Grundstück zu errichtenden Bauvorhabens stehen.

Die Vollmacht erstreckt sich auf die Vornahme aller Handlungen sowie die Abgabe und die Entgegennahme aller Willenserklärungen, welche für den vorerwähnten Zweck erforderlich sind, auch im Hinblick auf die notwendige Finanzierung.

Beispiel 2: Auch in diesem Fall ist neben dem Baubetreuer (der als "Bauträger" firmiert) ein Treuhänder (hier ein Steuerberater) eingeschaltet. Der Baubetreuungsvertrag wird mit den einzelnen Erwerbern, der Treuhandvertrag mit der "Bauherrengemeinschaft" geschlossen. Die Vertragsbeziehungen beginnen mit einem "Auftrag" an den Baubetreuer. Der in Vollzug des "Auftrags" abgeschlossene Baubetreuungsvertrag enthält für jede Art von Betreuungsleistung eine Vollmachtserteilung, zusätzlich aber eine umfassende Bevollmächtigung.

Auszug aus dem "Auftrag":

Auftrag

Ich/Wir/Der/Die Unterzeichnete(n)

- nachstehend Bauherr genannt - beauftragt den X-Bauträger, die Interessen des Bauherrn in allen Angelegenheiten wahrzunehmen, die mit seinem Bauvorhaben ... zusammenhängen. Im besonderen wird der X-Bauträger für den Bauherrn dessen Geschäfte bei Vorbereitung, Durchführung, Verwaltung und Vermietung des Bauvorhabens besorgen. Der Bauherr tritt

hiermit der Bauherrengemeinschaft zur Errichtung vorbezeichneten Bauvorhabens bei. Sollte die von mir gewünschte Wohnung bereits vergeben sein, ist der X-Bauträger berechtigt, nach Rücksprache mit mir, einen Betreuungsauftrag für eine Wohnung gleicher Kategorie abzuschließen ...

Der Inhalt der Geschäftsbedingungen und des Vertragswerkes (Bauherrengemeinschaftsvertrag mit zusätzlichen Erläuterungen, Baubetreuungsvertrag, Treuhandvertrag) ist mir bekannt. Ferner ist mir bekannt, daß die Angebots-Unterlagen den jetzigen Stand der Planung und Vorbereitung wiedergeben. Dieser Auftrag erlangt Wirksamkeit durch Annahme des X-Bauträgers.

Auszüge aus dem Betreuungsvertrag:

Der Baubetreuer hat den ihm erteilten Baubetreuungsauftrag unter Berücksichtigung der nachfolgenden Vertragsbedingungen nach pflichtgemäßem Ermessen zu erfüllen. Er wird den Auftraggeber im Rahmen der dazu erteilten Vollmachten vertreten und alle Rechtshandlungen, die zur Verwirklichung des geplanten Bauvorhabens erforderlich sind, im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers vornehmen. Dabei bilden die in diesem Vertrag ausdrücklich aufgeführten Rechtshandlungen keine abschließende Regelung.

Der Baubetreuer ist zur Erteilung von Untervollmachten berechtigt.

§ 5 (betrifft die technische Betreuung):

Bei der Vergabe von Aufträgen, insbesondere an auszuführende Unternehmer, handelt der technische Baubetreuer im Namen und im Auftrage der ... als Vertreterin der Bauherren bzw. der Bauherrengemeinschaft.

Die Klauseln über die wirtschaftliche Betreuung lauten:

Zur Durchführung der vorstehend in § 6 genannten Aufgaben erteilt der Bauherr der Baubetreuerin ausdrücklich Vollmacht, in seinem Namen unter Ausschluß des Verbots des Selbstkontrahierens alle erforderlichen Verträge abzuschließen und Erklärungen abzugeben bzw. entgegenzunehmen.

Sollte aus rechtlichen Gründen eine Vollmachtserteilung in notariell beurkundeter bzw. beglaubigter Form erforderlich sein, verpflichtet sich der Bauherr, die entsprechenden Vollmachten unverzüglich nach Aufforderung durch den Baubetreuer beizubringen.

Schäden, die durch nicht rechtzeitige Beibringung der noch erforderlichen Vollmachten den Bauherren oder Dritten entstehen, gehen zu Lasten des Bauherrn ...

§ 24

Alle dem Baubetreuer zur Durchführung dieses Auftrages erteilten Vollmachten sind erteilt unter dem Ausschluß des Verbotes des Selbstkontrahierens gem. § 181 BGB.

b) Grundsätze zum Vollmachtsumfang

In dem von ihm zu entscheidenden Fall hat der BGH¹ eine umfassende Vertretungsmacht des Baubetreibers bejaht, also die Vollmachtstexte, die auch in den obigen Beispielen sehr weit gehen, nicht restriktiv interpretiert. Er hat damit eine andere Tendenz verfolgt als in seiner Rechtsprechung zur Architektenvollmacht, die insoweit eher zu Einschränkungen neigt².

Dem ist für den Regelfall zuzustimmen: Architekt und Baubetreiber unterscheiden sich gerade dadurch, daß der Betreiber nicht nur in technischer, sondern auch in wirtschaftlicher Hinsicht für den Bauherrn handelt. Dem entspricht es, die Befugnisse zum Handeln anders als beim Architekten, der zumindest vorwiegend nur die Verantwortung für den technischen Teil trägt³, weit zu verstehen. Der Baubetreiber hat damit für den Abschluß, die Abänderung und die Durchführung des Vertrages mit dem Unternehmer grundsätzlich Vollmacht. Dennoch sind Fälle, bei denen die Vollmacht zweifelhaft ist, nicht ausgeschlossen.

1) BGHZ 67, 336

2) so auch Locher-Koeble, Rdn 135; vgl. zur Architektenvollmacht Schmalzl, MDR 1977, 622

3) nach BGH NJW 1960, 859 = MDR 1960, 488 hat der umfassend beauftragte Architekt (technische und geschäftliche Oberleitung) in "gewissem Umfang" Vertretungsmacht; vgl. dazu näher Schmalzl, MDR 1977, 622, 623

c) Kollusion

Besonders kraß liegt der Fall, in dem Betreuer und Auftragnehmer einverständlich Vereinbarungen zum Nachteil der Erwerber treffen. Beispiel: Betreuer und Auftragnehmer vereinbaren einen höheren Preis als vom Auftragnehmer zunächst angeboten. Dafür wird dem Betreuer ein Vorteil bei einem anderen Bauvorhaben versprochen. Die rechtlichen Auswirkungen einer solchen Kollusion sind streitig. Teilweise wird vertreten, der Vertrag sei nach § 138 nichtig¹. Diese Auffassung führt jedoch zu einer unnötigen Verkürzung des Vertretenenschutzes. Der Vertreter kann so nicht selbst über die Wirksamkeit entscheiden. Zutreffend ist daher, den Vertretenen wie bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht zu stellen und die §§ 177 ff anzuwenden².

d) Abweichung von der Baubeschreibung

Problematisch ist der Fall, in dem der Baubetreuer eine andere Bauausführung in Auftrag gibt, als er in seinem Verhältnis zu den Erwerbern versprochen hat. Hierzu kann es kommen, wenn die Bauausführung anders gestaltet wird, als sie sich aus der Baubeschreibung, mit der der Betreuer die Erwerber angeworben hat, ergibt. Beispiel: Die dem Baubetreuungsvertrag als Anlage beigefügte Baubeschreibung weist die Erstellung des Daches in Naturschiefer aus. Den Auftragnehmer beauftragt der Betreuer mit dem Anbringen

1) Enneccerus-Nipperdey, § 183 I 5; Münchener Kommentar-Thiele, § 164 Rdn 113 mwN

2) Flume, § 45 II 3; Larenz AT, § 30 II a; etwas anders Palandt-Heinrichs, § 167, 2 mwN, der die Einrede der Arglist geben will; teilweise auch anders die Rechtsprechung, die § 254 analog anwenden will: BGHZ 50, 112; kritisch dazu Heckelmann, JZ 1970, 62

des billigeren Eternits. Ähnlich liegt der Fall, in dem der Betreuer nachträglich die Qualitätsanforderungen des Bauvertrages senkt, beispielsweise statt Aluminiumfenster Holzfenster einsetzen läßt.

(1) Über das Institut der Kollusion lösen sich diese Fälle schon deshalb nicht, weil kein einverständliches Handeln zwischen Auftragnehmer und Betreuer vorliegt.

(2) Auch greifen die Grundsätze über den Mißbrauch der Vertretungsmacht nicht ein. Zwar handelt der Betreuer hier bewußt zum Nachteil der Erwerber. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Betreuer sich die Differenz zwischen Bauerstellungskosten und Festpreisgarantie als Provision versprechen läßt¹. Zusätzlich ist aber noch erforderlich, daß der Auftragnehmer den Mißbrauch hätte erkennen müssen. Dabei obliegen diesem keine Nachforschungspflichten; der Mißbrauch muß sich von selbst ergeben².

Das ist hier nicht der Fall. Dem Auftragnehmer wird in aller Regel das Vertragsverhältnis des Betreuers zu den Erwerbern nicht bekannt. Andere Anhaltspunkte, die Abweichung der Leistungsbeschreibung des Betreuervertrages von der des Bauvertrages zu erkennen, hat er ebenfalls nicht.

(3) Damit hängt der Eintritt der Wirkungen des § 164 ausschließlich davon ab, ob der Betreuer Vollmacht hatte. Vom Wortlaut der Vollmachtsurkunden her gesehen, ist dies der Fall. Neben dem Wortlaut müssen aber auch die vom Empfän-

1) nach Flume, a.a.O., kommt es auf das "bewußt" nicht an. Objektiver Mißbrauch reicht aus. Ebenso Münchener Kommentar-Thiele, § 164 Rdn 118 mwN

2) BGHZ 50, 112, 114 = NJW 1968, 1379; nach der Literatur ist 'Evidenz' des Mißbrauchs erforderlich; vgl. Flume, Larenz, a.a.O.; Medicus, Rdn 116; Schott, AcP 171, 385, 397

gerhorizont her erkennbaren Gesamtumstände gemäß § 133 berücksichtigt werden. Aus welcher Sicht eine Vollmacht auszulegen ist, kann daher nicht einheitlich beurteilt werden¹, sondern hängt davon ab, ob sie als Innen- oder Außenvollmacht erteilt ist.

Bei der als Innenvollmacht erteilten Erklärung der Erwerber gegenüber dem Betreuer kommt es also auf dessen Sicht an. Dem Betreuer ist selbstverständlich der Inhalt des Betreuungsvertrages bekannt. Der Vertrag wirkt zwar nicht unmittelbar auf die Vollmacht. Die Vollmacht ist im Verhältnis zum schuldrechtlichen Geschäft abstrakt².

Der Betreuer kann den Betreuungsvertrag jedoch nicht so verstehen, daß dieser nur die Geschäftsbefugnisse festlegen, die Vertretungsmacht dagegen unberührt lassen soll. Vielmehr muß von dem insoweit völlig freien Vollmachtgeber angenommen werden, daß er rechtliches Können und Dürfen des Bevollmächtigten gleichschalten will³.

Der Betreuer kann daher auch bei weitergehendem Wortlaut die Vollmacht nur in den Grenzen verstehen, die der Betreuungsvertrag seinem Handeln setzt. Sämtliche dort vorgesehenen Einschränkungen wirken sich also letztlich auch als Beschränkung der Vollmacht aus⁴.

- 1) anders Palandt-Heinrichs, § 167, 1 a, der immer auf den Geschäftsgegner abstellt (ohne Begründung)
- 2) Palandt-Heinrichs, § 167, 2 c, mit Einschränkungen; Soergel-Schulze-vLasaulx, Rdn 22, vor § 164
- 3) dies bezeichnet auch Palandt-Heinrichs, § 178, 2 als Regelfall; vgl. auch Larenz AT, S. 557
- 4) anders möglicherweise BGH NJW 1977, 294; wie hier teilweise Locher, Baubetreuungsrecht, S. 22, 23, der jedoch ohne nähere Begründung zwischen öffentlich geförderten und frei finanzierten Wohnungsbau differenziert und nur für den ersteren entscheidet

Dies kann allerdings nur insoweit gelten, als sich aus dem Baubetreuungsvertrag ergebende Einschränkungen auch auf die einzelnen Bauverträge übertragen lassen.

(a) Unproblematisch ist danach, daß der Betreuer keine Vollmacht hat, Bauverträge abzuschließen, deren Leistungsverzeichnis nicht mit dem des Betreuungsvertrages übereinstimmt. Daraus folgt, daß auch keine Vollmacht besteht, aus eigener Entschließung Abweichungen vorzunehmen, wenn sich die ursprünglich vorgesehene Bauausführung nicht realisieren läßt (Beispiel: Infolge unerwarteten Untergrundes muß eine andere Art des Fundaments gewählt werden). Die dem Baubetreuungsverhältnis für solche Fälle folgende Rückfragepflicht impliziert, daß sich der Betreuer insoweit auch eine gesonderte Vollmacht erteilen lassen mu¹.

(b) Differenziert zu behandeln sind dagegen in Betreuungsverträgen abgegebene Preiszusagen. Verpflichtet sich der Betreuer lediglich zur Tragung von Mehrkosten über einen Preis hinaus, so hat dies auf die Vollmacht überhaupt keinen Einfluß: Aufgabe des Betreuers ist es dann nämlich nicht, die Werklohnforderungen in bestimmten Grenzen zu halten, sondern für ihre Bezahlung zu sorgen. Anders dagegen könnte zu beurteilen sein, wenn der Betreuer die Garantie dafür übernimmt, daß eine bestimmte Summe von Gesamtherstellungskosten nicht überschritten wird. Diese Erklärung enthält mehr als die bloße Erfüllungsübernahme. Der Betreuer versichert dem Erwerber, ihn gegenüber der Gesamtheit aller Handwerker nicht mit einem die Garantiesumme übersteigendem Werklohnanspruch zu belasten. Vertragstreuves Verhalten des Betreuers vorausgesetzt, kann der Erwerber hier darauf vertrauen, auf keinen Fall in

1) anders Locher, Baubetreuungsrecht, S. 23; möglicherweise auch Locher-Koeble, Rdn 135

eine höhere Haftung zu geraten. Bei der Erfüllungsübernahme dagegen ist das Eingehen einer solchen Haftung durchaus nicht ausgeschlossen; der Erwerber trägt dann das Risiko für die Solvenz des freistellenden Betreuers. Damit liegt nur bei Abgabe eines Preisgarantieversprechens eine Bindung des Betreuers für die Bauvertragsabschlüsse vor.

Der Betreuer hat daher bei Abgabe einer Preisgarantie keine Vollmacht, Generalunternehmerverträge abzuschließen, bei denen sich bereits aus dem vereinbarten Werklohn die Überschreitung der Preisgarantie ergibt.

Problematisch dagegen ist eine Auswirkung der Preisgarantie auf den Vollmachtsumfang, wenn die zu erstellenden Gewerke einzeln vergeben werden. Hier wird kein Vertrag für sich genommen die Garantiesumme übersteigen. Auch eine Aufaddition aller Werklohnforderungen hilft hier nicht weiter - schon deshalb nicht, weil sie auf einer unzulässigen ex-post-Betrachtung beruht. Erfahrungsgemäß erfolgt die Beauftragung der Ausbaugewerke oft auch noch nach Baubeginn. In diesem Fall läßt sich für den Rohbauvertrag z. B. noch nicht sagen, ob er letztlich nicht doch dazu führt, daß die Preisgarantie nicht eingehalten wird. Die Preisgarantie kann daher bei Einzelvergabe von Gewerken in der Regel mangels hinreichender Konkretisierbarkeit der einzelnen Vollmachtsinhalte deren Umfang nicht bestimmen.

Etwas anderes muß jedoch gelten, wenn bereits vor der ersten Auftragsvergabe feststeht, daß der Bau, sowie im Leistungsverzeichnis beschrieben, nicht zu der Summe der Garantie errichtet werden kann. Dann fehlt die Abschlußvollmacht für alle Bauverträge. Der Betreuer muß sich von den Erwerbern neue Anweisungen geben lassen.

2. Rechtsscheinstatbestände

Möglicherweise führen aber in allen Fällen fehlender Vollmacht Rechtsscheinsgrundsätze zur Zurechnung des Vertragschlusses auf die Erwerber.

(1) Unproblematisch ist der Fall, in dem der Betreuer - was selten vorkommen wird - die isoliert erteilten Vollmachten aller Erwerber dem Auftraggeber vorlegt und dieser im Vertrauen darauf, daß weitere Beschränkungen nicht ausgesprochen sind, den Vertrag abschließt. Dann wirkt der Vertrag gegenüber den Erwerbern bereits nach §§ 172, 173. Die Vorschriften gelten nämlich nach herrschender Meinung auch, wenn die Vollmacht von Anfang an nicht so, wie in der Urkunde niedergelegt, entstanden ist¹.

(2) Werden die Urkunden dagegen - dies dürfte der praxisnähere Fall sein - nicht vorgelegt, so gelten die §§ 171, 173 nicht². Der Vertrag könnte dann jedoch über die Grundsätze der Anscheinsvollmacht mit den Erwerbern zustande gekommen sein.

Rechtsprechung und herrschende Lehre nehmen eine Anscheinsvollmacht an, wenn jemand einem redlichen Dritten gegenüber in zurechenbarer Weise den Anschein gesetzt hat, er habe dem Handelnden Vollmacht erteilt. Dann muß sich der Geschäftsherr wie bei der tatsächlich erteilten Bevollmächtigung verhalten.

1) RGZ 104, 360; RGZ 159, 369; BGH MDR 1965, 282; vgl. Staudinger-Coing, § 173, 4; Palandt-Heinrichs, § 173, 1; etwas anders RGRK-Kuhn, § 171, 2

2) Palandt-Heinrichs, § 173, 1 c

tigung behandeln lassen¹.

Von der Richtigkeit dieser Annahme soll hier angesichts der langjährigen konstanten Rechtsprechung, die keine Änderung erwarten läßt, ausgegangen werden - trotz beachtlicher Gegenstimmen in der Literatur².

Der danach erforderliche Anschein einer Bevollmächtigung setzt mehr voraus als bloßes Behaupten einer Vollmacht oder sogar nur das Handeln in fremdem Namen. Er erfordert vielmehr einen zusätzlichen besonderen Vertrauenstatbestand, aufgrund dessen der Vertragspartner berechtigt von einer Vollmacht ausgehen kann.

Als solcher kann nicht die von den einzelnen Erwerbern ausgestellte Vollmachtsurkunde angesehen werden, und zwar deshalb nicht, weil ihr Inhalt dem Auftragnehmer nicht bekannt wird. Anders als etwa beim Rechtsscheinstatbestand des § 892 ist nämlich Voraussetzung der Anscheinsvollmacht, daß der Dritte gerade auf den Rechtsschein vertraut, ihn also kennt³.

- 1) BGHZ 5, 116; BGH LM, § 164 Nr. 9; BGH MDR 1963, 125; BAGE 15, 305; OLG Köln, 1973, 1798; Lehmann-Hübner, § 36 V 2 b; Staudinger-Coing, § 167 Rdn 9; Soergel-Hefermehl, § 167 Rdn 23; Palandt-Heinrichs, § 173, Anm. 4 c; RGZ 117, 164, 165; RGZ 170, 282, 284; BGHZ 5, 111, 116; BGH MDR 1953, 345; BGH NJW 1956, 1674; BGH NJW 1962, 21, 96; bedenklich dagegen die Ansicht von Enneccerus-Nipperdey, § 39 II 3 a, es handele sich um Gewohnungsrecht
- 2) Flume, § 49, 3; Medicus, Rdn 101; Larenz AT, § 33 I a: es handele sich in diesen Fällen nicht um Willenserklärungen, sondern um Fahrlässigkeit, die auch Willenserklärungen nicht gleichzustellen seien, sondern allenfalls zu einer Haftung aus c.i.c. führen könne; einschränkend Canaris, Vertrauenshaftung, S. 48, 91, wonach die Anscheinsvollmacht auf dem Gebiet des Handelsrechts anzuerkennen ist
- 3) Picker, NJW 1973, 1800, 1801; BGH LM, § 167 Nr. 13; OLG Köln, MDR 1965, 740

Anknüpfungspunkt für eine Anscheinsvollmacht ist in der Regel das frühere Handeln des Vertreters mit Vertretungsmacht.

Ein solcher kontinuierlicher Geschehensablauf in der Vergangenheit liegt zugunsten des Baubetreuers in aller Regel nicht vor. Für diese konkrete Bauherrengemeinschaft handelt er gegenüber dem einzelnen Auftraggeber jeweils nur einmal (wenn man Zusatzaufträge außer Betracht läßt).

Als möglicher Vertrauenstatbestand bleibt daher nur die allgemeine Funktion als Baubetreuer, letztlich also sein "Berufsstand". Ob dies ausreicht, ist für den Baubetreuer, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden. Eine kontrovers geführte Diskussion gibt es jedoch zu dem vergleichbaren Fall der Architekten-Anscheinsvollmacht².

Teilweise wird vertreten, für den bauleitenden Architekten spreche der Anschein einer Bevollmächtigung zum Abschluß von Bauverträgen und deren Abänderung³.

Folgt man dem, so muß dies erst recht für den Baubetreuer gelten. Dieser hat nicht nur wie der Architekt die Funktion des Bauherrenvertreters an der Baustelle, sondern allgemein die des Bauherrenvertreters. Zu seinem zentralen Tätigkeitsbild, an das sich nach dieser Auffassung der Rechtsschein anknüpfen kann, gehört der Abschluß von Bauverträgen.

1) Palandt-Heinrichs, § 173, 4 c bb

2) vgl. hierzu umfassend Schmalzl, MDR 1977, 622; Jagenburg, BauR 1978, 180

3) OLG Stuttgart, NJW 1966, 1461 (Einbau eines Badezimmers anläßlich einer Hausrenovierung); OLG Köln, NJW 1973, 1798 (Einbau einer vom Bauherrn nicht gewünschten Stahlwendeltreppe); vgl. weitere Nachweise bei Locher, BauR, Rdn 328

Der Auffassung, ein Architekt habe Anscheinsvollmacht zum Abschluß von Bauverträgen, wird jedoch überwiegend widersprochen¹.

Zum einen liege kein Rechtsschein vor: Der redliche Rechtsverkehr könne nicht davon ausgehen, daß der Architekt üblicherweise zum Abschluß aller Geschäfte bevollmächtigt sei. Jedenfalls fehle es an der zurechenbaren Veranlassung des Rechtsscheins durch den Bauherrn. Diesem sei es nämlich bei Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt nicht möglich, den Abschluß des Geschäftes zu erkennen und zu verhindern. Der Architekt sei gerade dazu bestellt, um den Bauherrn zu entlasten. Würde man diesem eine derart weite Überwachungspflicht auferlegen, so sei der Sinn und Zweck der Bestellung eines Architekten wieder in Frage gestellt. Der Architekt könne praktisch nicht mehr als selbständiger Bauleiter beschäftigt werden, sondern der Bauherr müsse sich um alles letztlich doch selbst kümmern - oder aber der Bauherr könne gleich eine umfassende Vollmacht erteilen². Ob diese Einwände auf die Stellung des Baubetreuers übertragen werden können, ist bestritten.

Nach Locher³ spricht für den Baubetreuer - anders als für den Architekten - der Anschein einer Bevollmächtigung. Dies gehöre zu dem Berufsbild des Betreuers, wie es sich in der Verkehrsanschauung herausgebildet habe.

1) vgl. Palandt-Heinrichs, § 173, 4 ff; Picker, NJW 1973, 1800; Schmalzl, MDR 1977, 629 mwN; Locher, Baubetreuungsrecht, S. 28; Locher-Koeble, Rdn 145

2) so insbesondere Picker, NJW 1973, 1800, 1801

3) Locher, Baubetreuungsrecht, S. 28; ebenso Locher-Koeble, Rdn 146

Dieser Begründung kann jedenfalls vom Standpunkt der hier vertretenen Auffassung zum Umfang der Betreuervollmacht nicht gefolgt werden. Auch dem Geschäftsgegner ist bekannt, daß der Betreuer nur eine Innenvollmacht hat. Folglich kann es auch aus seiner Sicht nicht ausgeschlossen sein, daß die Vertreterbefugnisse durch Weisungen und Vereinbarungen zwischen den Erwerbern und dem Betreuer eingeschränkt sind. Damit entsteht nicht der Rechtsschein, der Betreuer sei stets unbeschränkt bevollmächtigt.

Die gegenteilige, von Wittchen¹ vertretene Auffassung lehnt die Existenz des Anscheins einer Bevollmächtigung und damit die Möglichkeit einer Anscheinsvollmacht ab.

Ob die damit erzielte Gleichstellung von Architekt und Baubetreuer jedoch gerechtfertigt ist, erscheint zweifelhaft. Der Architekt ist grundsätzlich nur technischer Vertreter. Wenn und soweit er Verträge für den Bauherrn abschließt, so kann dies auch seine Aufgabe sein. Für den Betreuer stellt dagegen das Abschließen der Verträge die zentrale Tätigkeit dar. Dies weiß der Rechtsverkehr. Damit besteht - dies übersieht Wittchen, a.a.O. - durchaus der Anschein, der Betreuer habe überhaupt irgendeine Vollmacht. Diesen Anschein haben die Erwerber durch ihre Beauftragung auch selbst gesetzt. Damit steht jedoch noch nicht fest, daß Rechtsscheinsgrundsätze auch gerade zum Abschluß dieses konkreten Rechtsgeschäftes ermächtigen. Insoweit ist festzuhalten, daß Beschränkungen vorliegen können, der Anschein der Bevollmächtigung sich nur auf das "Ob", nicht auf das "Wie" erstreckt. Es kann jedoch dahinstehen, ob ein solcher nur "erster Anschein" für eine Rechtsscheinsvollmacht in der Regel ausreicht, denn hier kommt eine weitere Besonderheit hinzu: Der Erwerber,

1) Wittchen, S. 61

der einen Baubetreuer beauftragt, zieht sich selbst bewußt von der Auftragsvergabe und der Erfüllung der Bauherrenaufgabe völlig zurück. Das Verhältnis ist gerade darauf angelegt, daß er überhaupt nicht, der Betreuer dagegen in allem erforderlich werdenden tätig wird. Der Erwerber duldet damit zwar nicht das Auftreten eines seine Vollmacht überschreitenden Vertreters - er kennt eine sich ereignende, die Vollmacht überschreitende Verhaltensweise nicht. Es liegt jedoch eine der Duldungsvollmacht angenäherte Situation vor: Der seinen Vertreter völlig frei schalten lassende Vertretene kann letztlich nicht ausschließen, daß der Vertreter im Einzelfall seine Befugnisse einmal überschreitet. Dadurch, daß sich der Erwerber insoweit jeder Kontrolle des Betreuers enthält, nimmt er Vollmachtsüberschreitungen in Kauf. Die Nähe dieses Tatbestandes zur Duldungsvollmacht legt eine Parallele nahe: Es ist anerkannt, daß es bei der Duldungsvollmacht ausreicht, wenn der Vertreter nach außen hin in fremdem Namen handelt. Des besonderen Anscheins einer Bevollmächtigung bedarf es nicht¹.

Dem entspricht es, im hier zu entscheidenden Fall die quantitativen Anforderungen an die einzelnen Merkmale der Anscheinsvollmacht sich kompensieren zu lassen: Zwar liegt ein eindeutiger Anschein nur hinsichtlich des OB der Bevollmächtigung vor. Andererseits ist das zweite Merkmal atypisch stark vorhanden: Grundsätzlich wird für die Anscheinsvollmacht nur pflichtwidriges Verhalten gefordert. Das vollmachtlose Handeln muß voraussehbar und verhinderbar gewesen sein².

1) Palandt-Heinrichs, § 173, 4 b bb

2) BGHZ 5, 116; BGH NJW 1956, 1673

Hier dagegen kennt der Vertretene positiv das Auftreten des Vertreters; er wünscht es geradezu. Die Nichtüberwachung ist vertraglich vorgesehen. Deshalb muß grundsätzlich der Vertretene im Verhältnis zu gutgläubigen Dritten das Risiko einer Vollmachtsüberschreitung tragen. Dieser Grundsatz hat seine Grenze jedoch dort, wo jeder Anknüpfungspunkt für den Anschein einer Bevollmächtigung fehlt. Das ist der Fall, wo der Dritte nicht berechtigterweise davon ausgehen kann, das "Ob" der Bevollmächtigung sei sicher. Es wurde erörtert, daß Baubetreuung nur die wirtschaftliche oder auch zusätzlich die technische Betreuung umfassen kann. Soweit es um Bauplanung, Oberleitung und Bauaufsicht geht, steht also nicht fest, daß der Betreuer eine Vollmacht hat. Vielmehr muß der Dritte, hier also Architekt und Statiker, damit rechnen, daß der Betreuer den Erwerb der technischen Betreuung selbst schuldet und eine Vollmacht zur Fremdvergabe fehlt.

Im Ergebnis läßt sich daher feststellen, daß für den Betreuer grundsätzlich der Anschein einer Bevollmächtigung spricht, jedoch mit Ausnahme bei den Tätigkeiten, die zur technischen Betreuung zu rechnen sind¹.

3. Die Widerruflichkeit der Betreuer-Vollmacht

a) Zulässigkeit einer unwiderruflichen Vollmacht

Wie sich aus § 168 S. 2 ergibt, ist eine Vollmacht grundsätzlich frei widerruflich. Bereits aus dem 2. Halbsatz der Vorschrift ergibt sich jedoch weiter, daß diese Rege-

1) so im Ergebnis auch OLG Hamm - 24 U 61/79 - (S. 112 oben), das eine Anscheinsvollmacht im Bereich der technischen Betreuung jedoch überhaupt nicht erörtert

lung dispositiv ist. Es besteht die Möglichkeit, durch vertragliche Vereinbarung¹ die Widerruflichkeit auszuschließen. An einer solchen Vereinbarung hat naturgemäß der Betreuer ein Interesse, um seine Position gegenüber dem einzelnen Erwerber zu stärken. Welche Rechte der Betreuer sich so einräumen lassen kann, ist nicht unstreitig.

(aa) Besonders weit zugunsten des Betreuers entscheidet Wittchen². Nach ihm ist sogar die Erteilung einer "verstärkt" - unwiderruflichen Vollmacht zulässig. Darunter wird eine unwiderrufliche Vollmacht verstanden, bei der sich der Vollmachtgeber zusätzlich der Möglichkeit begibt, selbst Rechtsgeschäfte in dem Bereich abzuschließen, wo er die Vollmacht erteilt hat. Mit der ganz herrschenden Meinung³ ist diese Auffassung jedoch abzulehnen. Die Aufgabe rechtsgeschäftlicher Verpflichtungsmöglichkeiten zugunsten eines Dritten ist undenkbar. Ebenso wie nach allgemeiner Auffassung eine Verpflichtungsermächtigung nicht möglich ist, sind Verpflichtungsbeschränkungen mit Drittwirkung unmöglich. Der Erwerber, der mit dem Auftragnehmer eine Vereinbarung trifft, die dem Betreuungsvertrag zuwiderläuft, macht sich möglicherweise zwar schadensersatzpflichtig. Die Vereinbarung an sich ist jedoch wirksam.

(bb) Zulässig könnte jedoch sein, daß sich der Betreuer eine unwiderrufliche Vollmacht ohne die dargestellte "Verstärkung" erteilen läßt. Inwieweit unwiderrufliche Vollmachten möglich sind, wird in der Literatur nicht einheitlich beantwortet.

1) so die h.M.: Staudinger-Dilcher, § 168 Rdn 11; Soergel-Schultze-vLasaulx, § 168 Rdn 23, jeweils mwN; a.A. Münchener Kommentar-Thiele, § 168 Rdn 34, wonach auch die einseitige Erklärung des Vollmachtgebers ausreicht

2) Wittchen, S. 55

3) Flume, § 56, 3; Soergel-Schultze-vLasaulx, § 168 Rdn 30, jeweils mwN

Einigkeit besteht nur insoweit, als eine Generalvollmacht nicht unwiderruflich erteilt werden kann¹.

Dieser Grundsatz verbietet jedoch eine unwiderrufliche Betreuervollmacht nicht. Die Betreuervollmacht ist nicht als Generalvollmacht oder dieser angenäherter Gattungsvollmacht anzusehen. Das ergibt sich schon daraus, daß nur ein Gebäude hergestellt wird, der Erwerber also nur in einem verhältnismäßig kleinen Bereich seiner rechtsgeschäftlichen Betätigungsmöglichkeiten vertreten wird.

Inwieweit eine unwiderrufliche Spezialvollmacht zulässig ist, wird unterschiedlich beurteilt. Besonders strenge Anforderungen stellt Flume: "Nur insoweit kann eine Vollmacht unwiderruflich erteilt werden, als der Bevollmächtigte oder ein Dritter, für welchen der Bevollmächtigte tätig wird, gegen den Vollmachtgeber einen Anspruch auf Vornahme des Geschäftes hat, zu welchem die Vollmacht ermächtigt."²

Die herrschende Meinung geht jedoch demgegenüber weiter. Sie hält eine unwiderrufliche Vollmacht bereits dann für zulässig, wenn ein besonderes Interesse des Bevollmächtigten oder eines Dritten gegeben ist, welches dem des Vollmachtgebers zumindest gleichwertig ist³.

Diesen Unterschieden braucht jedoch dann hier nicht weiter nachgegangen zu werden, wenn eine unwiderrufliche Vollmacht zugunsten des Betreuers auch nach der engeren, von Flume vertretenen Auffassung zulässig ist.

1) Erman-H.P.Westermann, § 168 Rdn 3 a; Flume, § 53, 3

2) Flume, § 53, 3

3) Larenz AT, § 31 III; Münchener Kommentar-Thiele, § 168 Rdn 37; vgl. auch BGH WM 1971, 956, wonach eine Vollmacht jedenfalls dann widerruflich ist, wenn sie allein dem Interesse des Auftraggebers dient

(1) Der Betreuer als Bevollmächtigter hat keinen Anspruch auf Abschluß der Bauverträge gegen den einzelnen Erwerber. Vielmehr ist es umgekehrt: Nur der Erwerber kann insoweit Tätigkeit vom Betreuer verlangen. Damit aber ist die Vollmachtserteilung keine nach dem Baubetreuungsvertrag geschuldete Handlung, sondern die Erfüllung einer Obliegenheit. Ohne Vollmachtserteilung ist der Betreuer im Regelfall nicht in der Lage und auch nicht verpflichtet, die Betreuungsleistungen zu erbringen.

Daß das Verhältnis des Erwerbers zum Betreuer nicht die Unwiderruflichkeit der Vollmacht rechtfertigt, zeigt auch ein Vergleich zu § 52 HGB. Danach ist selbst die wesentlich umfangreicher und stärker ausgestaltete Prokura ohne Rücksicht auf den Anstellungsvertrag widerruflich. Erst recht muß ein solches Verhältnis zwischen Betreuervollmacht und Baubetreuungsvertrag bestehen.

(2) Die Unwiderruflichkeit kann daher nur im Interesse Dritter zulässig sein. Als solche kommen hier die Miterwerber des Vollmachtgebers in Betracht. Diese haben ein Interesse und möglicherweise auch einen Anspruch darauf, daß der einzelne Erwerber seine Verpflichtungen aus dem Bauvertrag mit dem Auftragnehmer erfüllt. Andernfalls könnte die Durchführung des Gesamtbauvorhabens gefährdet sein. Der Sicherung dieses Interesses dient die an den Betreuer erteilte Vollmacht. Die Beauftragung eines einzigen Bevollmächtigten für alle Erwerber hat für jeden einzelnen von ihnen den Vorteil, daß der Baubetreuer als Vertreter aller die Rechtsausübung und Pflichtenwahrnehmung in seiner Person "bündelt". Erteilt also ein Erwerber eine unwiderrufliche Vollmacht, so begünstigt er damit seine Miterwerber, wird aber seinerseits selbst begünstigt dadurch, daß die übrigen sich ihm gegenüber ebenso verhalten.

Die eingegangene Beschränkung der eigenen Position und die erwartete Begünstigung stehen somit im Gegenseitigkeitsverhältnis. Dies legt nahe, Belastung und Begünstigung auch rechtlich ihrer rechtlichen Qualität gleichzusetzen. Der Abschluß eines Baubetreuungsvertrages, der die Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht vorsieht, verschafft als Vertrag zugunsten des Miterwerbers, § 328, diesem einen Anspruch auf Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht¹.

Dies geschieht jedoch unter dem erkennbaren Vorbehalt, daß sich jeder andere Erwerber aus der Baumaßnahme ebenfalls in diesem Maße verpflichtet. Nur dann entsteht der die unwiderrufliche Vollmacht rechtfertigende Anspruch Dritter. Nur dann ist auch - stellt man auf die weitergehende herrschende Meinung ab - ein schützenswertes Interesse Dritter an der Unwiderruflichkeit gegeben.

b) Auslegungsgrundsätze

Im Rahmen dieser Zulässigkeitsvoraussetzung ist Unwiderruflichkeit sicher dann anzunehmen, wenn sie sich aus dem Wortlaut der Vollmacht oder des Betreuungsvertrages ausdrücklich ergibt. Zu entscheiden bleibt, wie Urkunden auszulegen sind, die über die Frage der Widerruflichkeit ausdrücklich überhaupt nichts aussagen.

Die Unwiderruflichkeit einer Vollmacht kann sich auch aus schlüssigem Verhalten der Beteiligten ergeben².

1) vgl. zu einer ähnlichen Interessenlage BGH NJW 1975, 344, 345; auch der BGH entnimmt aus dem Abschluß gleichlautender Verträge (dort: Grundstückserwerbsverträge mit der Einräumung von Baubeschränkungen) eine Begünstigung der Miterwerber gem. § 328

2) Soergel-Schultze-vLasaulx, § 168 Rdn 24

Von dieser Möglichkeit will Locher¹ bei Baubetreuungsverhältnissen weitgehend Gebrauch machen. Die Vollmacht soll dann als unwiderruflich indiziert sein, wenn der Betreuer keinen Weisungs- und Unterrichtungspflichten unterliegt oder die Loslösung vom Baubetreuungsvertrag erschwert ist. Den Schutz des Vollmachtgebers sieht Locher hinreichend dadurch gewährleistet, daß der Erwerber auch bei Unwiderruflichkeit aus wichtigem Grund widerrufen kann. Außerdem bestehe die Möglichkeit, gemäß § 168 S. 1, durch Kündigung des Kausalverhältnisses die Vollmacht zu beseitigen.

Im Ergebnis gleich hat das OLG Hamm mit Urteil vom 12. Februar 1980² entschieden. In dem Rechtsstreit ging es unter anderem um die Frage, ob der Betreuer gegen den Willen des Erwerbers die Bauleistungen hinsichtlich des Sondereigentums abnehmen kann. An der Baustelle hatten sich die Vertreter der Baubetreuungsgesellschaft, der Architekt und der Erwerber getroffen. Übereinstimmend stellt man fest, daß das Sondereigentum - ein Ladenlokal - verschiedene Mängel aufweise und nicht abnahmereif sei. Der Erwerber verbot daraufhin noch im Beisein des Bauunternehmers dem Betreuer, die Abnahme künftig ohne sein Beisein und ausdrückliche Einwilligung vorzunehmen. Einige Tage später fand in Abwesenheit des Erwerbers eine erneute Abnahmeverhandlung statt, bei der der Betreuer die Abnahme erklärte. Im Rahmen des § 341 Abs. 3 kam es nun auf die Frage an, ob die Abnahme mit Wirkung für den Erwerber erfolgt war. Das OLG Hamm hat dies bejaht; die Vollmacht sei "bis zur Fertigstellung des Bauvorhabens einschließlich seiner Abnahme unwiderruflich". Die Voll-

1) Locher, Baubetreuungsrecht, S. 24; Locher-Koeble, Rdn 139

2) OLG Hamm - 24 U 43/79 - (nicht veröffentlicht; nicht rechtskräftig)

macht liege nicht nur im Interesse des einzelnen Erwerbers, sondern auch im Interesse der übrigen Bauherren, der am Bauvorhaben beteiligten Unternehmer und vor allen Dingen auch im Interesse des Betreuers selbst. Letzterem sei beim Bauherrenmodell die Durchführung des Bauvorhabens nur möglich, wenn alles in seiner Hand liege. Der Betreuer könne daher nicht nur im Interesse der sonstigen am Bauvorhaben Beteiligten, sondern auch im eigenen Interesse vom Erwerber verlangen, daß dieser ihm die Durchführung dieser übernommenen Aufgabe ermögliche. Er habe einen dahingehenden Erfüllungsanspruch. In einem solchen Fall sei von einer unwiderruflichen Vollmacht auszugehen. Das OLG Hamm beruft sich für diese Folgerung ausdrücklich auf Flume, a.a.O.¹.

Die Darlegungen von Flume rechtfertigen diese Verweisung nicht. Flume, a.a.O., erörtert nicht, ob bei einem Anspruch auf Vornahme der Handlung, zu der bevollmächtigt wird, Unwiderruflichkeit gegeben, sondern nur, ob sie rechtlich möglich ist.

Gegen die Auffassung des OLG Hamm spricht die gesamte Gestaltung der Rechtsgeschäfte. Betreuungsvertrag und Vollmacht sind schriftlich abgefaßt, für eine Vielzahl von Fällen vorgesehen und enthalten über die verschiedensten Punkte detaillierte Regelungen. Der Erwerber, dem der Betreuer dieses Regelwerk schuldet, ist dabei schutzwürdig. Er muß sich darauf verlassen können, daß nicht über das ausführlich Geregelte hinaus zugunsten des AGB-Verwenders zusätzliche ihn belastende Abreden hinzuinterpretiert werden, die aus dem Wortlaut nicht ersichtlich sind. Dies ergibt sich bereits aus allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, wenn man annimmt, eine schriftliche Abrede habe die Vermutung der Vollständig-

1) vgl. oben S. 169

keit und Richtigkeit für sich¹. Jedenfalls aber führt der allgemeine Grundsatz der engen und im Zweifel gegen den Verwender vorzunehmenden Auslegung² von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu diesem Ergebnis³. Die Annahme einer Unwiderruflichkeit der Vollmacht aber würde einseitig zugunsten des Verwenders der AGB eine erhebliche Veränderung bringen. Bereits aus diesem Grund kann von einer unwiderruflichen Vollmacht ohne ausdrückliche Regelung in der Urkunde nicht ausgegangen werden.

Aber auch die Gesamtumstände ergeben keine Unwiderruflichkeit. Die widerrufliche Vollmacht ist der gesetzlich angenommene Regelfall, wie sich aus dem Wortlaut des § 168 S. 2 ergibt. Sie dient in ihrem Kern der Erweiterung des Aktionsradius' des Vollmachtgebers, also dessen eigenen Interessen⁴. Die unwiderrufliche Vollmacht wirkt dagegen auch umgekehrt; sie gibt dem Bevollmächtigten eine vom Willen des Vollmachtgebers unabhängige Rechtsposition⁵.

1) vgl. hierzu eingehend Münchener Kommentar-Mayer-Maly, § 133 Rdn 46 mwN

2) Ulmer-Brandner-Hensen, § 5 Rdn 11; Münchener Kommentar-Thiele, § 5 Rdn 5; Palandt-Heinrichs, § 5 Anm. 6

3) mit der ganz h.M. ist davon auszugehen, daß die Vollmacht als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung Vertragsbedingung iSv § 1 AGBG ist: Ulmer-Brandner-Hensen, § 11 Rdn 11 mwN; Locher-Koeble, Rdn 137 mwN

4) Münchener Kommentar-Thiele, § 168 Rdn 34

5) Flume, § 53, 1

So darf aber der Betreuer den Erwerber nicht ohne weiteres verstehen. Der Erwerber gibt die Vollmacht, um dem Betreuer das Erbringen der ihm gegenüber geschuldeten Tätigkeit zu ermöglichen. Die Vollmacht dient also den Interessen des Vollmachtgebers.

Die erkennbaren Interessen der Miterwerber an der Unwiderruflichkeit der Vollmacht müssen demgegenüber zurücktreten. Zwar ist einzuräumen, daß es für sie praktischer und einfacher wäre, wenn jeder Miterwerber zwingend bis zum Schluß durch den gemeinsamen Betreuer vertreten würde. Ihr Interesse wird jedoch hinreichend dadurch gewahrt, daß der einzelne Erwerber mit dem Widerruf der Betreuungsvollmacht ja nicht aus eventuell eingegangenen Erstellungspflichten des Gebäudes entlassen wird. Vielmehr bleibt der Erwerber verpflichtet, nunmehr selbst für die Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen zu sorgen. Damit aber verschlechtert sich die Rechtsposition der Miterwerber letztlich nicht.

Die Annahme einer konkludent vereinbarten Unwiderruflichkeit wird auch dem erkennbaren Schutzbedürfnis des Erwerbers nicht gerecht. Diesen schützt bei Unwiderruflichkeit insbesondere nicht hinreichend, daß er über den Widerruf aus wichtigem Grund oder über Kündigung des Kausalverhältnisses aus wichtigem Grund, § 168 S. 1, die Vollmacht beseitigen kann¹.

In beiden Fällen obliegt es nämlich dem Erwerber, eine schwerwiegende Pflichtverletzung des Betreuers im einzelnen darzulegen und zu beweisen. Das wird naturgemäß schon deshalb schwierig sein, weil der Erwerber den Betreuer, der sich selbst ausschließlich um die Bauerrich-

1) so aber OLG Hamm, a.a.O.

tung kümmert, aus tatsächlichen Gründen kaum kontrollieren kann. Daher wird es häufig bei einem mehr oder weniger stark fundierten Verdacht bleiben. Hier könnte sich der Erwerber im Falle einer unwiderruflichen Vollmacht, nicht gegen weiteres Handeln des Betreuers für und gegen ihn wehren. Angesichts des stark treuhänderischen Einschlags der Vertreterstellung des Betreuers kann nicht angenommen werden, daß der Erwerber diesen erheblichen Nachteil in Kauf nehmen will.

Zusammenfassend:

- (1) Unwiderrufliche Betreuervollmachten verhindern nie das Handeln der Erwerber selbst.
- (2) Unwiderruflichkeit ist nur wirksam vereinbart, wenn sie ausdrücklich abgesprochen ist und sich sämtliche Erwerber einer Bauherrengemeinschaft so binden.

4. Ansprüche des Werkunternehmers bei Handeln des Betreuers in fremdem Namen ohne Vertretungsmacht

a) Zusammenstellung der Fallgruppen

Zunächst sollen die Fallgruppen, bei denen Vertretung ohne Vertretungsmacht nach dem o. a. in Betracht kommt, zusammengestellt werden.

- (1) Da zugunsten des Betreuers ein weitgehender Rechtschein wirklicher Bevollmächtigung spricht, kommt Vertretung ohne Vertretungsmacht regelmäßig nur in Betracht,

wenn der Auftragnehmer nicht gutgläubig war, § 178
direkt oder analog.

(2) Eine Ausnahme bilden jedoch die Fälle, in denen
der Betreuer ohne Vertretungsmacht Auftrag zur Baupla-
nung (an Architekten, Statiker etc.) erteilt hat. Hier
scheidet die Anscheinsvollmacht aus.

(3) Der Rechtslage bei Vertretung ohne Vertretungsmacht
könnte zumindest gleichgestellt werden, wenn der Betreuer
Verträge abschließt, bevor er Erwerber gefunden hat.

b) Rechtliche Bewertung

Anspruchsgrundlage für (allein in Betracht kommende) An-
sprüche gegen den Betreuer ist § 179. Abs. 1 dieser Vor-
schrift liegt in den dargestellten Fällen immer vor. Eine
Haftungsbegrenzung gemäß § 179 Abs. 2 kommt regelmä-
big nicht in Betracht, da der Betreuer über den Umfang seiner
(Innen)vollmacht orientiert ist. In Betracht kommen könn-
te jedoch ein Ausschluss nach § 179 Abs. 3. Das
ist der Fall, wenn der Auftragnehmer den Mangel der Ver-
tretungsmacht kannte oder kennen mußte. Nach dem Wortlaut
des § 179 Abs. 3 schließt also jede Fahrlässigkeit des
Dritten die Haftung des Vertreters aus. Dennoch besteht
Übereinstimmung, daß an den Geschäftsgegner keine stren-
gen Anforderungen gestellt werden. Insbesondere obliegen
ihm grundsätzlich keine Nachforschungs- und Erkundigungs-
pflichten. Nur tatsächliche Anhaltspunkte im Einzelfall
verpflichten ihn, weitere Nachforschungen anzustellen¹.

1) RGZ 104, 194; Münchener Kommentar-Thiele, § 179 Rdn

(1) Dennoch scheidet damit im Fall (1) eine Haftung des Betreuers aus. Die an § 179 zu stellenden Anforderungen entsprechen denen des § 173¹. Entfällt daher die Anscheinsvollmacht wegen Fehlens der Gutgläubigkeit des Vertragspartners, so hat dieser auch keine Ansprüche aus § 179. Ein Anspruch aus c.i.c. kommt ebenfalls nicht in Betracht, da § 179 Abs. 3 auch diesen ausschließt².

(2) Anders ist dagegen der Fall (2) zu entscheiden. Der planende Auftragnehmer kann zwar nicht auf den Anschein einer Bevollmächtigung vertrauen. Dieser Gedanke verhindert jedoch nur eine Haftung des Vertretenen. Gegenüber dem Vertreter, der durch sein Handeln in fremdem Namen das Vertrauen auf eine bestehende Vollmacht für sich in Anspruch nimmt, gelten geringere Anforderungen. Der Auftragnehmer hat nicht die Obliegenheit zu prüfen, ob der Betreuer nur die wirtschaftliche oder auch die technische Betreuung übernommen hat. Eine Haftung kann daher nur ausscheiden, wenn dem Auftragnehmer das Vollbetreuungsvorsehende Innenverhältnis zwischen Betreuer und Erwerb-bern bekannt wird³.

(3) Im Fall (3) liegt die Konstellation insofern besonders, als die fehlende Vertretungsmacht darauf beruht, daß (noch) kein Vertretener vorhanden ist. Von seinem Wortlaut her greift § 179, der die Möglichkeit einer Genehmigung voraussetzt, nicht ein. Allgemein wird im Schrifttum jedoch für richtig gehalten, die Vorschrift bei Handeln für eine nicht existente Person entsprechend anzuwenden⁴.

1) Münchener Kommentar-Thiele, § 179 Rdn 42

2) Medicus, JuS 1965, 209, 215

3) zu den Anforderungen an den Sorgfaltsmaßstab vgl. allgemein Münchener Kommentar-Thiele, § 173 Rdn 3 mwN; noch weitergehend Flume, § 50, 3, der Evidenz fordert

4) Enneccerus-Nipperdey II, S. 1120 FN 1; Staudinger-Coing, § 179 Rdn 6; Soergel-Schultze-vLasaulx, § 179 Rdn 4

Gemäß § 179 Abs. 3 könnte diese Haftung jedoch ausscheiden, wenn dem Auftragnehmer bekannt ist, daß der Betreuer noch keine - oder alle - Erwerber gefunden hat. Vom Wortlaut der Vorschrift her bestehen hiergegen keine Zweifel. Möglicherweise verbietet jedoch die atypische Interessenlage des hier zu entscheidenden Falles dennoch die Anwendung der Vorschrift, so daß insoweit eine teleologische Reduktion geboten ist.

Der BGH hat eine solche Einschränkung beim Handeln für eine noch nicht existente GmbH & Co. KG angenommen. Der Vertreter soll dort ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Vertragspartner haften, wenn die Gesellschaft nicht zur Entstehung gelangt oder den Vertragsschluß nicht genehmigt¹.

Vergleichbar ist die Interessenlage hier: Die noch nicht zusammengeführten Erwerber, die eigentlich Vertragspartner werden sollen, stehen noch nicht fest, so daß sich der Vertragspartner jetzt ebenso wie bei der GmbH & Co. KG einem nicht existenten Personenverband gegenüber sieht.

Der Rechtsprechung des BGH ist in der Literatur widersprochen worden. Teilweise wird angenommen, § 179 sei nicht die richtige Anspruchsgrundlage. Der Anspruch ergebe sich aus § 11 Abs. 2 GmbHG analog². Da diese Ein-

1) BGHZ 63, 45 = NJW 1974, 1905; vgl. dazu weiter Anm. von Klamroth, JuS 1975, 119; Anm. von Karsten Schmidt, NJW 1975, 665; BGHZ 69, 95 = NJW 1977, 1683; BGH NJW 1978, 636, mit Anm. Karsten Schmidt; BGH WM 1979, 146

2) Ulmer Großkommentar, GmbHG, § 11 Rdn 104; Klamroth, BB 1974, 1179; noch anders Flume AT I 1, § 16 IV, S. 337, der den Anspruch aus § 176 HGB geben will

wände auf den zu entscheidenden Fall unübertragbar sind, kann ihre Richtigkeit dahinstehen.

Unentschieden bleiben kann auch eine weitere Richtung der Kritik: Bei der GmbH & Co. KG mag denkbar sein, daß in Wahrheit ein Handeln für eine Vorgesellschaft und damit mit Vertragsmacht vorliegt¹.

Im hier zu entscheidenden Fall fehlt es dagegen nicht nur am Vollzug der Gründung, sondern auch an Gründern der Bauherrengemeinschaft; gegen die Annahme eines Handelns ohne Vertretungsmacht bestehen also keine Bedenken.

Weiter wird der Rechtsprechung auch entgegengehalten, § 179 Abs. 3 lasse jedenfalls für den Fall positiver Kenntnis keine Ausnahme von seinem Wortlaut zu².

Demgegenüber überzeugt meines Erachtens jedoch die Nichtanwendung des § 179 Abs. 3. Zwar mag es nicht zutreffend sein, den Unterschied zu dem in §§ 177 bis 179 direkt geregelten Fall für entscheidend zu halten, daß nämlich der Vertragspartner nicht die Möglichkeit hat, gemäß §§ 177 Abs. 2, 178 eine endgültige Klärung des Schwebezustandes herbeizuführen³.

Ein Haftungsausschluß entfällt hier jedoch, weil den Gesamtumständen ohne weiteres entnommen werden kann, daß der Baubetreuer und nicht der Auftragnehmer das Risiko für den Zusammentritt der Erwerbergemeinschaft und damit insoweit für ein etwaiges Fehlschlagen des Vertrages trägt. Dem in § 179 Abs. 3 vom Normzweck her erfaßten Fall liegt zugrunde, daß dem Vertragspartner das Risiko

1) so Karsten Schmidt, NJW 1975, 666

2) Karsten Schmidt, a.a.O., mwN aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift

3) vgl. BGH a.a.O.; dagegen Karsten Schmidt, a.a.O.

bewußt ist, der von seiner Identität feststehende Dritte werde möglicherweise die für ihn vorgesehene Position als Vertragspartei nicht akzeptieren. Er vertraut also nicht darauf, daß ihm jemand haftet. Werden dagegen - wie hier - Geschäfts namens einer noch nicht zusammengetretenen Bauherrengemeinschaft abgeschlossen, so wird der Auftragnehmer damit schwerlich die Vorstellung verbinden, er solle für seine materiell bereits fällig werdenden Ansprüche nicht sogleich, sondern erst mit Zusammentritt der Bauherren einen vertragsmäßigen Schuldner erhalten. Dem entspricht, daß der Baubetreuer in diesem Stadium ebenfalls erwartet, der Unternehmer treffe bereits Vorbereitungen zur Arbeitsaufnahme, beginne möglicherweise mit ihr auch.

Dies kann ihm aber nur zuzumuten sein, wenn ihm andererseits dafür ein Schuldner zur Verfügung steht. Erkennbar geht der Wille der Beteiligten daher dahin, daß der Baubetreuer wie der oder die noch nicht gefundenen Erwerber bis zu deren Eintritt in den Vertrag haften soll.

Zusammenfassend:

Der Baubetreuer haftet aus § 179 Abs. 1, wenn er ohne Vertretungsmacht Planungsaufträge an gutgläubige Dritte vergibt oder wenn und solange er für noch nicht gefundene Erwerber handelt.

IV. Rechts- und Pflichtenzuständigkeit der einzelnen Erwerber und der Bauherrengemeinschaft

1. Der Bezugspunkt der Untersuchung

Rechts- und Pflichtenzuständigkeit zwischen dem Betreuer einerseits und den Erwerbern in ihrer Gesamtheit andererseits richten sich, wie vorstehend untersucht, nach dem Inhalt von Rechtsgeschäften: der Vollmacht und dem Bauvertrag mit dem Unternehmer. Daß beide Rechtsgeschäfte ebenfalls den Umfang von Schuld und Anspruch der einzelnen Erwerber und ihr Verhältnis zur Gemeinschaft aller bestimmen, ist jedoch nicht unbestritten.

a) Auffassung von Deckert

In seiner Untersuchung "Baumängel am Gemeinschaftseigentum" vertritt Deckert für den von ihm untersuchten Bereich der Gewährleistungsansprüche einen anderen Ansatzpunkt: Er folgert aus den Besonderheiten des Wohnungseigentums, daß die Gewährleistungsansprüche mit dem Eintritt des einzelnen in die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ihre Individualität verlieren; Rechtsträger sei von da ab grundsätzlich allein die Wohnungseigentümergeinschaft. Diese erlange damit eine "quasi Partei- und Rechtssubjektstellung"¹.

1) Deckert, Baumängel, S. 118, 178

Deckert sieht damit die Mängelgewährleistungsansprüche dem personifizierten Sondervermögen "Miteigentum" zugeordnet¹.

Im Ergebnis kann danach die Versammlung der Wohnungseigentümer mit Mehrheit über die Geltendmachung der Ansprüche entscheiden. Ein besonders Beauftragter soll außerdem in eigenem Namen Leistung an die Gemeinschaft verlangen können. Kommt ein Mehrheitsbeschluß nicht zustande, so kann der einzelne Erwerber in eigenem Namen Leistung an alle verlangen. Deckert wendet insoweit § 432 an².

Die von Deckert angestellten Untersuchungen beziehen sich zwar unmittelbar auf den Erwerb von Wohnungseigentum durch Bauträgerverträge, also auf den schlüsselfertigen Erwerb. Die Ergebnisse sollen aber für Bauherrenmodelle ebenso gelten, und zwar von dem Zeitpunkt an, in dem "ein Treuhänder als Interessenkoordinator für die Bauherren bzw. Wohnungseigentümer nicht mehr zuständig ist"³.

Faßt man diese Aussagen speziell für Baubetreuungsmodelle zusammen, so ergibt sich: Die Rechte und Pflichten der Erwerber ergeben sich aus ihren einzeln abgeschlossenen Bauverträgen; die aus diesen folgenden Ansprüche gehen ohne weitere Vereinbarung auf die Miteigentümergeinschaft über, soweit es sich um Gewährleistungsansprüche wegen Mängel am Gemeinschaftseigentum handelt.

1) Deckert, Baumängel, S. 119; ders., NJW 1975, 858; ähnlich: KG NJW 1976, 522; LG Dortmund, BauR 1976, 211

2) Deckert, Baumängel, S. 118, 119

3) Deckert, Baumängel, S. 70

b) Auffassung der Rechtsprechung

Eine solche direkte Auswirkung des WEG auf Aktiv- und Passivlegitimation legt der BGH seinen Entscheidungen dagegen nicht zugrunde. Dies zeigt insbesondere die Entscheidung vom 10. Mai 1979¹.

In der Entscheidung geht es um Wohnungseigentum, welches aufgrund von Bauträgerverträgen von den einzelnen Eigentümern erworben wurde. Auch der BGH nimmt an, daß nicht jeder Erwerber seine Rechte aus dem Bauträgervertrag uneingeschränkt geltend machen könne. Im Gegensatz zu Deckert wird dieses Ergebnis aber nicht aus gesetzlichen Vorschriften, sondern ausschließlich im Wege der Vertragsauslegung gewonnen: "Eine derartige Einschränkung in der Ausübung ist den Rechten des einzelnen Wohnungseigentümers aus dem von ihm geschlossenen Vertrag nach der Natur der Sache, eben ihrer Bezogenheit auf gemeinschaftliches Eigentum, von Anfang an eigen. Mit dieser inhaltlichen Beschränkung werden sie schon begründet, gleichviel wie die Wohnungseigentümergeinschaft rechtlich einzuordnen ist."²

Das gleiche läßt sich aus den zu Baubetreuungsfällen i.e.S. ergangenen Entscheidungen entnehmen. Diese befassen sich mit der Zahlungspflicht des einzelnen Erwerbers gegenüber dem Handwerker³.

1) WM 1979, 839 = NJW 1979, 2207

2) BGH, a.a.O., S. 841

3) vgl. insbesondere BGH NJW 1959, 2160; BGH WM 1977, 1173; BGH NJW 1977, 294; BGH NJW 1979, 2101; BGH NJW 1980, 992

Ob die Erwerber dem Unternehmer als Gesamt- oder als Teilschuldner haften, beurteilt der BGH im Wege der Auslegung des Bauvertrages: (Die Rechtsprechung) "beruht auf der besonderen Interessenlage in diesen Fällen, die dahin zu würdigen ist, daß nach den beiderseitigen Erwartungen der Vertragspartner in der Regel die Wohnungseigentümer nur anteilig verpflichtet werden sollen, die Kosten der Herstellung der Wohnanlage zu tragen. ... Es kann aber schwerlich als von den Vertragspartnern gewollt angenommen werden, daß einzelne Wohnungseigentümer gesamtschuldnerisch, andere lediglich anteilig haften sollen."¹

c) Stellungnahme

Der Auffassung, daß sich Aktiv- und Passivlegitimation auch bei Bauherrenmodellen zur Erstellung von Wohnungseigentum ausschließlich aus den geschlossenen Rechtsgeschäften ergeben, ist zuzustimmen. Zunächst muß klargestellt werden, daß der von Deckert angenommene automatische Übergang nur für Rechte der Erwerber gelten kann. Die Übertragung der Auffassung auf Ansprüche gegen die Erwerber, insbesondere auf die Zahlungspflicht, ist nicht zulässig. Als Vertrag zwischen Erwerbern und der Erwerbergemeinschaft ist ein Pflichtenübergang nicht denkbar, weil es sich um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter handeln würde. Gesetzliche Vorschriften, die einen Pflichtenübergang anordnen, sind nicht ersichtlich. Auch für andere Sachverhalte kennt das Zivilrecht keine Vorschriften, die der Wirkung eines Vertrages zu Lasten Dritter gleichkommen.

1) so BGH NJW 1979, 2101

Wo wegen der besonderen Interessenlage ein Pflichtenübergang angeordnet ist (vgl. etwas § 571), verbleibt es in jedem Fall bei der zumindest subsidiären Haftung des bisherigen Schuldners. Es besteht also auch kein Anlaß zu untersuchen, ob sich ein Pflichtenübergang auf die Wohnungseigentümergeinschaft aus der analogen Anwendung anderer Vorschriften ergeben könnte.

Aber auch zu einem Übergang der Rechte von den einzelnen Erwerbern auf die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann es nicht automatisch kommen. Deckert meint¹, daß mit der Existenz des gebundenen Gemeinschaftsvermögens hinsichtlich des erworbenen Miteigentums auch von keiner Einzelträgerschaft der Folgerechte aus dem Gemeinschaftseigentum gesprochen werden könne. Er sieht also offensichtlich die Gewährleistungsansprüche als Annex der Immobilie. Diese Annahme steht im Widerspruch zu den allgemeinen Grundsätzen des Schuldrechts. Ansprüche aus einem Vertrag, auch Gewährleistungsansprüche, haben ihre wesentliche Grundlage in der getroffenen Einigung. Ausschließlich aus ihr bestimmt sich, wer Anspruchsinhaber ist. Für den Werkvertrag bedeutet dies: Die Gewährleistungsansprüche stehen dem Besteller zu, und zwar unabhängig davon, ob er Eigentümer des hergestellten Werkes ist oder nicht. Auch die nachträgliche Veräußerung des hergestellten Werkes durch den Besteller an einen Dritten bewirkt nicht automatisch, daß der Dritte Inhaber der Gewährleistungsansprüche gegen den Unternehmer wird. Ebenso aber kann der Eintritt der Gemeinschaftsgebundenheit des erworbenen Werkes nach dem WEG keinen Einfluß auf die Rechtsinhaberschaft der Forderungen gegen den Unternehmer haben². Eine Akzessorietät von Werk und Gewährleistungs-

1) Deckert, Baumängel, S. 118

2) so im Ergebnis auch Rosenberger, BauR 1978, 241, 243

ansprüchen besteht daher nicht.

Vielmehr bedürfte es, um bei der Auffassung von Deckert wenigstens im Ergebnis zu bleiben, der ausdrücklichen Anordnung einer cessio legis. Daran aber fehlt es im WEG. Insbesondere kann auch § 21 WEG nicht so verstanden werden. Nach Abs. 3 dieser Vorschrift können die Wohnungseigentümer bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums durch Stimmenmehrheit beschließen. Dies ist Ausfluß des § 21 Abs. 1 WEG, wonach die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums den Wohnungseigentümern gemeinschaftlich zusteht. Zwar haben Beschlüsse nach dieser Vorschrift, wenn man der herrschenden Meinung folgt, Außenwirkung¹. Nach einem Teil der Rechtsprechung und Literatur soll der einzelne Erwerber eine Befugnis zur Geltendmachung seiner Ansprüche gemäß §§ 633 ff nur haben, wenn ein entsprechender Mehrheitsbeschluß der Wohnungseigentümergeinschaft vorliegt².

Dies führt aber nicht zu einer Veränderung der Anspruchsinhaberschaft selbst. Es handelt sich allenfalls um Beschränkungen, denen der Anspruch deshalb unterliegt, weil er von vornherein rechtsgeschäftlich so begründet worden ist.

Bezugspunkt der Untersuchung sind daher nur die Abreden der Beteiligten, in erster Linie der Bauvertrag und die erteilte Vollmacht. Wie Erwerber- und Erwerbergemeinschaft berechtigt und verpflichtet sind, ist daher eine Auslegungsfrage.

1) BGH WM 1979, 841

2) Kapellmann, MDR 1973, 2; Baginski, RhNK 1975, 88; Bärmann, Einl., Rdn 154; KG NJW 1976, 522; etwas einschränkend Brych, NJW 1976, 1097

2. Die Gestaltung der Rechtsgeschäfte in der Praxis

Den damit bei Vertragsschluß gegebenen Gestaltungsmöglichkeiten sind sich die Parteien jedoch in aller Regel nicht bewußt. Im Bauvertrag fehlen ausdrückliche Regeln ganz. Der Vertrag wird vom Unternehmer mit der "Bauherrengemeinschaft", vertreten durch den Baubetreuer, geschlossen. Welche Befugnisse der einzelne Erwerber hat und welcher Haftungsumfang damit verbunden ist, bleibt offen. Praktisch sind die damit verbundenen Fragen dadurch gelöst, daß jedenfalls der Betreuer alle Rechte einheitlich ausübt und alle Pflichten einheitlich erfüllt. So kann offenbleiben, wer nun Rechtsinhaber bzw. Verpflichteter genau ist. Dies reicht aber auch praktisch nur so lange, als kein Störfall eintritt, etwa der Betreuer von einem der Erwerber gekündigt wird oder der Betreuer oder einer der Erwerber in Vermögensverfall gerät.

Jedenfalls für den letzteren Fall sind die Erwerber durch die Rechtsgeschäfte untereinander und mit dem Betreuer geschützt. Die Betreuervollmachten enthalten heute überwiegend die ausdrückliche Klausel, daß der Betreuer die Bauverträge nur mit anteiliger Haftung der einzelnen Erwerber abschließen darf. Was der "Anteil" ist, bleibt aber bereits wieder offen. Dasselbe vereinbaren die Erwerber auch untereinander in einem "Bauherrengemeinschaftsvertrag". Im folgenden sollen zur Veranschaulichung in der Praxis gebräuchliche Klauseln hierzu als Beispiel wiedergegeben werden. Die Auszüge sind Bestandteil eines einheitlichen Baubetreuungsmodells, aus dem in dieser Untersuchung schon vorher zitiert wurde¹.

1) vgl. oben S. 152

(1) Auszug aus dem Bauvertrag mit dem Unternehmer

(Der Vertrag wurde individuell abgeschlossen.):

"zwischen"

der Firma
im folgenden "Auftragnehmer" genannt

und

der Bauherrengemeinschaft
im folgenden "Bauherren" genannt, diese vertreten durch
Baubetreuung
im folgenden "Auftraggeberin" genannt,

wird folgender Vertrag abgeschlossen:

IV. Vergütung an den Auftragnehmer

Der Praxis für die übertragenen Arbeiten, wie sie in
diesem Vertrag beschrieben sind

beträgt: DM pro m³ - umbauter Raum
in Worten:

In diesem Preis ist die gesetzlich vorgeschriebene Mehr-
wertsteuer enthalten.

Der o.st. Preis ist ein Festpreis, der vom Auftragnehmer
nicht verändert werden kann und von ihm bis zur mängel-
freien Übergabe garantiert wird, und versteht sich frei
Verwendungs- bzw. Montagenteile für Herstellung, Ausfüh-
rung, Lieferung."

(2) Auszug aus der Betreuervollmacht

(Diese und der folgende Bauherrengemeinschaftsvertrag
sind ein Formular und so oder wenig modifiziert gebräuch-
lich.):

"Der Betreuer hat im Namen und für Rechnung des Bauherrn
zu handeln, und zwar in Form der offenen Stellvertretung.

Der Betreuer ist verpflichtet, Aufträge so zu vergeben,
daß der Bauherr nur entsprechend seinem Anteil verpflich-
tet wird, eine gesamtschuldnerische Haftung mit anderen
Bauherren darf nicht begründet werden. Mehrere Bauherren
einer Wohnung haften jedoch als Gesamtschuldner."

(3) Wiedergabe des zwischen den Erwerbern, vertreten durch den Betreuer, geschlossenen Bauherrengemeinschaftsvertrages:

"§ 1 - Rechtsform

Die Bauherren bilden miteinander eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die Gesellschaft ist eine Innengesellschaft. Sie erwirbt kein eigenes Vermögen und nimmt nicht am Rechtsverkehr teil. Die Bauherren leisten keine Gesellschafterbeiträge.

§ 2 - Anliegen der Gesellschaft

Die Bauherrengemeinschaft dient ausschließlich dazu, die einheitliche Wahrnehmung und Ausübung der Bauherrenrechte für alle Bauherren sicherzustellen.

§ 3 - Beschlußfassung

Der Treuhänder beruft Gesellschafterversammlungen ein, wenn ein wichtiger Grund besteht oder mindestens die Hälfte der Bauherren dies schriftlich verlangt. Die Einberufung erfolgt mit einer Frist von zwei Wochen, wobei Ort, Zeit und Tagesordnung anzugeben sind. Den Vorsitz in den Versammlungen führt der Treuhänder. Die Bauherrengemeinschaft ist beschlußfähig, wenn mindestens 50 % der Stimmen anwesend oder vertreten sind. Das Stimmrecht der Bauherren bemißt sich nach der Größe ihrer bestehenden oder vorgesehenen Beteiligung am Grundbesitz. Ist die Versammlung beschlußunfähig, so beruft der Treuhänder eine weitere Versammlung mit einer Frist von einer Woche ein, die in jedem Falle beschlußfähig ist. Beschlüsse der Bauherrengemeinschaft werden mit ... Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefaßt. Der Treuhänder protokolliert die Beschlüsse und stellt sie sämtlichen Bauherren zu.

§ 4 - Ausführung der Beschlüsse

Die Beschlüsse werden durch den Treuhänder ausgeführt. Soweit die Bauherrengemeinschaft keine Beschlüsse faßt, hat der Treuhänder die Ausübung der Bauherrenrechte entsprechend dem geschlossenen Treuhandvertrag nach pflichtgemäßem Ermessen vorzunehmen.

§ 5 - Individualhaftung

Jeder Bauherr haftet nur für die Kosten der Herstellung und Finanzierung seiner Wohnung. Eine gesamtschuldnerische

Haftung wird ausdrücklich ausgeschlossen. Auch hinsichtlich der Teile des Bauvorhabens, die zukünftig Gemeinschaftseigentum der Bauherren darstellen, ist jeder Bauherr nur entsprechend seinem jeweiligen ideellen Miteigentumsanteil am Grundstück verpflichtet.

§ 6 - Zweckerreichung

Die Bauherrengemeinschaft endet, ohne daß eine Kündigung nötig ist.

1. mit Bezugsfertigkeit des gesamten Bauvorhabens;
2. spätestens indes mit dem Entstehen einer Eigentümergemeinschaft nach den Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes.

Bei Tod eines Gesellschafters wird die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern mit den Erben fortgesetzt.

§ 7 - Allgemeine Vorschriften

Zur Änderung des Bauherrengemeinschaftsvertrages ist ein Gesellschaftersbeschuß mit einer Mehrheit von .. der abgegebenen Stimmen erforderlich.

Soweit eine Bestimmung dieses Vertrages unwirksam ist, ist dies ohne Einfluß auf die übrigen Bestimmungen des Vertrages. Die unwirksame Vertragsbestimmung ist in der Weise umzudeuten, daß sie als durch diejenige Bestimmung ersetzt gilt, welche der wirtschaftlichen Bedeutung der unwirksamen Bestimmung am nächsten kommt.

Ausschließlicher Gerichtsstand ist Düsseldorf."

3. Möglichkeiten der Aktiv- und Passivlegitimation

Bevor auf die Auslegung solcher Vereinbarungen konkret eingegangen wird, sollen zunächst die denkbaren Lösungen für die Aktiv- und Passivlegitimation zusammengestellt werden.

a) Ausgangspunkte zur Bestimmung der Aktiv- und Passivlegitimation

(1) Da es um die Berechtigung und Verpflichtung mehrerer Personen geht, kann auf die §§ 420 ff zurückgegriffen werden. Diese gelten bei vertraglichen Beziehungen, wenn ein Schuldverhältnis in weiterem Sinne gegeben ist - sicher also, wenn die Erwerber zusammen einen Bauvertrag mit dem Unternehmer geschlossen haben. Nach §§ 420 ff ist dann Teil-, Gesamt- oder gemeinschaftliche Berechtigung und Verpflichtung denkbar. Von dem Anwendungsbereich der §§ 420 ff ist der Fall der Kumulation verschiedener Schuldverhältnisse im weiteren Sinne zu unterscheiden¹.

Kumulation kommt hier in Betracht, wenn die getroffenen Vereinbarungen als jeweils separate Verträge jedes einzelnen Erwerbers mit dem Werkunternehmer auszulegen sind.

(2) Der Leistungsgegenstand ist zu beachten. Es soll ein Gebäude erstellt werden, an dem die Erwerber Wohnungseigentum haben wollen. Wohnungseigentum besteht aus Sondereigentum an der einzelnen Wohnung und einem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, § 1 Abs. 2 WEG. Aktiv- und Passivlegitimation könnten hinsichtlich von Werkleistungen für das Sondereigentum und solchen für das Gemeinschaftseigentum verschieden zu beurteilen sein.

b) Zusammenstellung der denkbaren Möglichkeiten

Aus einer Kombination dieser Ansätze ergeben sich vielfältige Möglichkeiten für die Rechts- und Pflichtenzuständigkeit:

¹) vgl. Münchener Kommentar-Selb, vor § 420 Rdn 2

(1) Jeder Erwerber kann am ganzen Gebäude gleichartig berechtigt und verpflichtet sein:

(a) Dabei kann er Teilschuldner und Teilgläubiger sein.

(aa) Für die Ansprüche gegen die Erwerber hätte dies neben der Teilbarkeit der Leistung iSd § 42o zur Voraussetzung, daß § 427, eine für Gesamtschuld sprechende Auslegungsregel¹, nicht eingreift. Außerdem ist für diesen Fall zu klären, wie der "Teil" iSd § 42o im einzelnen zu bestimmen ist.

(bb) Teilgläubigerschaft des einzelnen Erwerbers, insbesondere hinsichtlich der Ansprüche auf Herstellung und der Gewährleistung, setzt Teilbarkeit dieser Leistungen voraus. Bereits im Rahmen dieser Übersicht kann gesagt werden, daß dies hinsichtlich des Gesamtgebäudes wohl kaum denkbar ist.

(b) Es besteht weiter die Möglichkeit, daß der einzelne Erwerber Gesamtschuldner und Gesamtgläubiger neben allen anderen Erwerbern der Baumaßnahme ist.

(aa) Jeder Erwerber würde dann dem Unternehmer gegenüber auf die volle Bezahlung der Werklohnforderung haften, insbesondere bei großen Baumaßnahmen ein für den einzelnen Erwerber sehr ungünstiges Ergebnis. Er müßte nach voller Inanspruchnahme im Außenverhältnis von seinen Miterwerbern nach § 426 Regreß nehmen, trüge praktisch im Verhältnis zum Unternehmer das Risiko für die Zahlungsfähigkeit der anderen.

1) Münchener Kommentar-Selb, § 42o Rdn 5

(bb) Ein ähnlicher "Überschuß" an Haftung entsteht für den Werkunternehmer, wenn man den Erwerbern die Ansprüche aus dem Werkvertrag als Gesamtgläubigern zuspricht. Gemäß § 428 könnte dann jeder Erwerber vom Unternehmer die ganze Leistung verlangen, also sämtliche Herstellungsansprüche und Gewährleistungsbegehren allein durchsetzen. Dies kann für den Unternehmer insbesondere dann eine erhebliche Härte bedeuten, wenn man für dessen Gegenansprüche nur Teilschuld nach § 42o annimmt: Der Unternehmer müßte gegenüber einem einzelnen Erwerber selbst voll leisten, erhielte aber nur einen Teil seines Geldes.

(c) Letztlich ist noch gemeinschaftliche Schuld und gemeinschaftliche Gläubigerschaft denkbar.

(aa) Die gemeinschaftliche Schuld ist zwar in §§ 42o ff nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich jedoch ohne weiteres als Gegenstück zu der in § 432 behandelten gemeinschaftlichen Gläubigerschaft. Bei gemeinschaftlicher Schuld kann der Gläubiger die Leistung nicht von jedem allein, sondern nur von allen Schuldnern zusammen verlangen¹. Wenn auf diesem Wege der Handwerker von den Erwerbern in ihrer Verbundenheit als Mitglieder der Bauherrngemeinschaft Ersatz verlangen kann, ist damit die Einzelhaftung jedes Erwerbers noch nicht entschieden. Charakteristisch für die gemeinschaftliche Schuld ist nämlich, daß sie - besonders bei Gesamthändlern - neben der Gesamtschuld auftritt (vgl. etwa die gesetzliche Regelung in § 2o59 Abs. 2 einerseits und in §§ 2o58, 2o59 Abs. 1 andererseits).

1) Larenz, SchuldR AT, § 36 II c

bb) Die Erwerber könnten hinsichtlich der Ansprüche gegen den Bauhandwerker gemeinschaftliche Gläubiger sein. Dann hätte keiner von ihnen allein einen Anspruch. Herstellung und auch Gewährleistung könnten nur alle zusammen in ihrer Verbundenheit als Bauherrengemeinschaft verlangen. Zusätzlich müßte dann entschieden werden, wer forderungszuständig ist. Nach der allgemeinen Regelung in § 432 fallen Forderungszuständigkeit und Empfangszuständigkeit auseinander. Jeder Gläubiger kann allein in eigenem Namen Leistung an die Gesamtheit verlangen. Es ist aber anerkannt, daß diese Vorschrift nicht ausnahmslos gilt. Trotz einer fehlenden ausdrücklichen Regelung wird allgemein angenommen, daß bei Personengesellschaften § 432 insoweit nicht gilt, sondern die jeweiligen Regelungen über Geschäftsführung und Vertretung Vorrang haben. Gemeinschaftlich zustehende Ansprüche, die zum Gesamthandsvermögen einer Gesellschaft gehören, sind also vom Vertretungsberechtigten in fremdem Namen für alle geltend zu machen¹.

Bei Annahme einer gemeinschaftlichen Gläubigerschaft ist also zu entscheiden, durch wen die Bauherren vertreten werden.

(2) Ein grundsätzlich anderes Bild ergibt sich, wenn man die Aktiv- und Passivlegitimation nicht einheitlich für das gesamte Gebäude, sondern aufgespalten nach Sonder- und Miteigentumsanteilen bestimmt. Dabei würde es dem

1) BGHZ 39, 15 mwN aus der Rechtsprechung; Larenz, SchuldR AT, § 36 I b; Münchener Kommentar-Selb, § 432 Rdn 3; anders für den Fall, daß gemeinsame Geschäftsführung nach § 709 gegeben ist: Soergel-Schmidt, § 432 Rdn 3; anders wird auch von der h.M. entschieden in den Fällen der acito pro socio: BGHZ 10, 101; zu einem weiteren Ausnahmefall (Kollusion zwischen einem Teil der Gesellschafter und dem Schuldner) vgl. BGH, DB 1979, 979

Charakter des Sondereigentums entsprechen, wenn man hinsichtlich dessen die alleinige Berechtigung und Verpflichtung des jeweiligen Erwerbers annimmt. Für das Miteigentum kämen dagegen alle vorstehend dargestellten Möglichkeiten wieder in Betracht. Diese Konsequenz sei am Beispiel der Werklohnforderung kurz dargestellt: Der Unternehmer könnte von jedem Erwerber einzeln die Vergütung verlangen, die den Arbeiten ausschließlich für das jeweilige Sondereigentum entspricht. Für Werkleistungen am Gemeinschaftseigentum dagegen könnten die Erwerber gesamtschuldnerisch und auch gemeinschaftlich verantwortlich sein. Denkbar ist aber auch, daß die Erwerber insoweit nur teilschuldnerisch haften, wobei dann der Verteilungsschlüssel noch festzulegen ist.

4. In Rechtsprechung und Literatur behandelte Ansprüche

In Rechtsprechung und Literatur sind im wesentlichen zwei Fallkonstellationen zur Aktiv- und Passivlegitimation der Erwerber von Wohnungseigentum entschieden.

a) Gewährleistungsansprüche

Wohl am häufigsten ist die Frage behandelt, wer bei einer Wohnungseigentümergeinschaft berechtigt ist, die Gewährleistungsansprüche geltend zu machen. Soweit ersichtlich, wird dies jedoch nur für den Fall des Erwerbs aufgrund von Bauträgerverträgen diskutiert. Allgemein geht man hier davon aus, daß die Gewährleistungsansprüche grundsätzlich Rechte jedes einzelnen Erwerbers gesondert sind,

die diesem aus seinem Vertrag mit dem Bauträger über den Wohnungserwerb zustehen¹.

Einigkeit besteht weiter darüber, daß entsprechend dem vorstehend Dargestellten bei der rechtlichen Behandlung zwischen Mängeln am Gemeinschaftseigentum und solchen am Sondereigentum zu unterscheiden ist. Mängel an seinem Sondereigentum kann - dies ist unstreitig - jeder Eigentümer hinsichtlich aller Ansprüche allein geltend machen².

Äußerst umstritten ist dagegen die Rechtslage hinsichtlich der Mängel am Gemeinschaftseigentum. Nahezu alle vorstehend als denkbar dargestellten Lösungsmöglichkeiten werden vertreten.

aa) Entscheidungskriterien

Vor einem Überblick über die verschiedenen Meinungen soll gezeigt werden, welche verschiedenen Kriterien die Ergebnisfindung beeinflussen:

(1) Ausgangspunkt ist, daß der Gewährleistungsanspruch seine Grundlage in einem von jedem Erwerber individuell geschlossenen Vertrag hat. Dies spricht dafür, auch bei Mängeln am Miteigentum jedem Erwerber eine völlig selbständige Position zu geben.

(2) Der individuellen Geltendmachung sämtlicher Gewährleistungsansprüche sind dadurch Grenzen gesetzt, daß sie sich alle auf ein und dasselbe Objekt beziehen. Nach §§ 633 ff und ebenso nach § 13 VOB/B können sich Gewähr-

1) Rosenberger, BauR 1978, 241, 243 mwN; Kapellmann, MDR 1973, 1; Groß, BauR 1975, 17; Weitnauer-Wirths, § 8, Anhang, Rdn 20; Bärmann, § 1 Rdn 154; aus der Rechtsprechung: BGH NJW 1977, 1338; BGHZ 62, 393; BGH WM 1979, 839, 84

2) vgl. Soergel-Baur, WEG, § 3 Rdn 20

Leistungsansprüche sehr unterschiedlich entwickeln. Solange dies noch nicht geschehen ist, mag denkbar sein, daß eine Vielzahl von Gewährleistungsansprüchen nebeneinander besteht. Insbesondere kann der Bauträger z. B. durch eine Maßnahme zur Mängelbeseitigung sämtlich darauf gerichtete Ansprüche erfüllen. Wie aber soll die Stellung des Bauträgers sein, wenn man jedem Erwerber auch das Recht gibt, Gestaltungserklärungen zur Entwicklung der Gewährleistungsansprüche etwa nach § 634 Abs. 1 abzugeben? Der Bauträger schuldet dann gegenüber dem einen Erwerber möglicherweise noch Nachbesserung, während es ihm gegenüber dem anderen gerade verboten wäre, noch Maßnahmen am Gebäude vorzunehmen, er vielmehr Restitution in Geld nach § 635 leisten müßte.

Dieser Gesichtspunkt spricht dafür, die Gewährleistungsansprüche wenigstens zum Teil gemeinschaftsbezogen zu sehen.

(3) Für eine Gemeinschaftsbezogenheit sprechen letztlich auch einige Vorschriften des WEG. Nach § 21 Abs. 1 WEG steht die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums allen Wohnungseigentümern gemeinschaftlich zu. Zur Verwaltung gehört auch die Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums, § 21 Abs. 5 WEG. Zur Instandhaltung könnte man aber auch die Geltendmachung oder aber wenigstens die Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen rechnen. Die Erwerber wären danach also möglicherweise verpflichtet, ihre individuellen Ansprüche an die Gemeinschaft aller Wohnungseigentümer zur Wahrnehmung der Aufgabe aus § 21 WEG abzutreten oder aber wenigstens von den Ansprüchen nur entsprechend den Beschlüssen der Gemeinschaft Gebrauch zu machen. Es ließe sich auch argumentieren, daß der Bauträger, der ja nach dem Inhalt des

Vertrages gerade Wohnungseigentum verschafft, dem Erwerber im Hinblick auf § 21 WEG die Gewährleistungsansprüche am Gemeinschaftseigentum nicht allein einräumt, sondern die Ansprüche von vornherein entsprechend gebunden sind.

Wenn man diese Konsequenz zieht, stellen sich weitere, spezifisch aus dem WEG ergebende Fragen. Nach § 21 Abs. 3 WEG beschließen die Wohnungseigentümer über Verwaltungsmaßnahmen mit Stimmenmehrheit. Dieser Beschluß hat nach herrschender Meinung auch Außenwirkung¹.

Die Mehrheit vertritt also die Minderheit. Diese Vertretungsbefugnis hat aber wiederum ihre Grenze an der dem Verwalter eingeräumten, nicht einschränkbaren Stellung, § 27 Abs. 1 bis 3 WEG. Die ordnungsgemäße Instandhaltung gehört zwar nicht zum Bereich der dem Verwalter eingeräumten gesetzlichen Vertretungsmacht nach § 21 Abs. 2 WEG². Wohl aber obliegt dem Verwalter die Durchführung dieser Aufgaben nach § 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG. Auch diese Vorschrift könnte über ihren Wortlaut hinaus dem Verwalter Vertretungsmacht einräumen³ und zur Annahme zwingen, daß der Verwalter - und nur er - die Gewährleistungsansprüche im Namen aller Erwerber geltend machen kann.

1) BGH WM 1979, 839, 841; Soergel-Baur, WEG, § 21 Rdn 3 mwN

2) hierzu Soergel-Baur, WEG, § 27 Rdn 1; KG OLGZ 1976, 266

3) verneinend: BGH NJW 1977, 44 auch für die Gegenmeinung

bb) In Rechtsprechung und Literatur hierzu vertretene
Auffassungen

Welcher dieser Gesichtspunkte Vorrang hat, ist streitig.

(1) Ein Teil der Literatur und der Rechtsprechung entscheidet für alle Gewährleistungsansprüche einheitlich zugunsten der Gemeinschaftsbezogenheit¹.

Die Begründung im einzelnen und auch einzelne Ergebnisse sind unterschiedlich. Obereinstimmung besteht darin, daß die Gewährleistungsansprüche gemeinschaftlich durch alle Erwerber oder durch den dazu ermächtigten Verwalter, der in eigenem Namen oder in fremdem Namen auftreten kann, gerichtlich durchzusetzen sind.

(2) Auch die extreme Gegenposition wird vertreten. Danach stehen alle Gewährleistungsrechte uneingeschränkt den Erwerbern einzeln zu².

(3) Aus der Rechtsprechung des BGH läßt sich im Ergebnis ein differenzierter Standpunkt entnehmen. Der BGH betont als Ausgangspunkt die Existenz selbständiger Ansprüche aus gesonderten Verträgen zwischen jedem Erwerber und dem Bauträger.

1) vgl. Kapellmann, MDR 1973, 1 ff (Annahme gemeinschaftlicher Gläubigerschaft, analoge Anwendung der Bestimmungen des WEG); Deckert, Baumängel, S. 178 ff (zu dieser Begründung s. o. S. 182 f); vgl. weiter Deckert, NJW 1975, 854; Pick, NJW 1972, 1741, 1742; Diester, § 21, Rdn 19; Bärmann, § 21 II w b, IV 2 b; § 27 II 1 b; OLG Düsseldorf, NJW 1975, 2298: jedenfalls kann die Wohnungseigentümergeinschaft Ansprüche nach Mehrheitsbeschluß geltend machen, entweder durch den Verwalter oder durch ein besonders geschaffenes "Organ"; diese können entweder in fremdem Namen klagen oder in gewillkürter Prozeßstandschaft

2) OLG Köln, NJW 1968, 2061; mit Anm. Sippel, RpfL 1969, 54; OLG Frankfurt, MDR 1974, 848; etwas anders OLG München, NJW 1973, 2027: jeder kann die Rechte grundsätzlich allein geltend machen, bis die Wohnungseigentümergeinschaft einen anderslautenden Beschluß gefaßt hat

Für den Nachbesserungsanspruch und für den von der Rechtsprechung zu § 633 Abs. 2 entwickelten Anspruch auf Kostenvorschuß bleibt es entsprechend beim Pecht jedes einzelnen Erwerbers. Der Bauträger braucht jedoch nur einmal zu leisten¹.

Die Kollision mit den Interessen der Mehrheit löst der BGH hier über Unmöglichkeitensrecht. Wenn etwa die Mehrheit der Eigentümer beschließt, die Nachbesserung solle nicht durchgeführt werden, so steht fest, daß die geschuldete Handlung nicht vorgenommen werden kann. Eine Verurteilung des Unternehmers hat dann zu unterbleiben².

Im Ergebnis gleichbehandelt wird der Anspruch auf Wandlung nach § 634 und der große, ebenfalls auf Rückgabe der Wohnung an den Bauträger gerichtete Schadensersatzanspruch nach § 635. Diese Ansprüche kann jeder Eigentümer selbständig verfolgen, ohne auf die anderen Erwerber Rücksicht zu nehmen brauchen³.

Die Rechte auf Minderung oder Geltendmachung des sog. kleinen Schadensersatzanspruches aus § 635 (Mängelbeseitigungskosten) sieht der BGH dagegen gemeinschaftsbezogen. Hier sei nur eine gemeinschaftliche Rechtsverfolgung zu-

1) BGHZ 62, 388; BGHZ 68, 372; vgl. hierzu auch Weitnauer, NJW 1980, 400; ders., BauR 1979, 84, wonach die verschiedenen Erwerber Gesamtgläubiger sind. Anders Kellmann, DB 1979, 2261, der hier die neue Figur der "Nebengläubigerschaft" einführt; vgl. weiter Kellmann, NJW 1980, 401, 402

2) BGH WM 1979, 839, 841; Palandt-Heinrichs, § 275

3) BGH WM 1979, 841; BGH WM 1971, 1251; KG NJW 1976, 522; OLG Düsseldorf, NJW 1971, 1847; Soergel-Baur, WEG, § 3 Rdn 21 mwN auch für die Gegenstimmen

lässig¹. Die Entscheidung, ob statt Nachbesserung nunmehr Minderung oder Schadensersatz zu fordern sei, habe die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer mit Mehrheit zu treffen. Der Beschluß nach § 21 Abs. 3 WEG habe Außenwirkung (gemeint ist wohl: nach Bekanntgabe an den Werkunternehmer). Auch die überstimmten Mitglieder seien an den Beschluß gebunden. Dies ergebe sich aus einem bereits bei den Vertragsabschlüssen erkennbaren Schutz des Gewährleistungsschuldners. Diesem sei - bis auf die Fälle, in denen er die Wohnung zurückerhalte - nicht zuzumuten, verschiedenartigen Ansprüchen ausgesetzt zu sein².

b) Haftung der Erwerber für die Werklohnforderung

Zu Baubetreungsverhältnissen i.e.S. hatte der BGH mehrfach die Frage der Haftung der einzelnen Erwerber für die Werklohnforderung des Unternehmers zu entscheiden. Alle dazu ergangenen Urteile stehen auf dem Standpunkt, daß "trotz des gemeinsamen Vertragsschlusses und entgegen der Auslegungsregel des § 427 hier eine gesamtschuldnerische Haftung der einzelnen Bauherren nicht gewollt" sei³.

1) ablehnend insoweit Weitnauer, NJW 1980, 400, 401, der auch hier Befugnisse des einzelnen Erwerbers annimmt

2) grundlegend BGH WM 1979, 839, 841

3) so BGH NJW 1977, 294, 295 (Erstellung von drei Wohnblöcken); weiter BGH NJW 1959, 2160; BGH LM, § 427 Nr. 4 = WM 1977, 1173 = NJW 1977, 1964 (nur LS); ausdrücklich für die Erstellung von Wohnungseigentum: BGH NJW 1979, 2101 = WM 1979, 1000 mwN aus der Rechtsprechung verschiedener OLG; BGH NJW 1980, 992

Die Literatur stimmt diesem Ergebnis ganz überwiegend zu¹.

Damit behandelt der BGH diese Schulden anders als die während des Bestehens der Wohnungseigentümergeinschaft entstehenden Verwaltungsschulden, für die nach herrschender Meinung gesamtschuldnerische Haftung aller Wohnungseigentümer angenommen wird². Die anteilige Haftung soll danach bestehen, gleich, auf welche Werkleistung sich die Vergütung bezieht. Anders als bei der Rechtsprechung zu den Gewährleistungsansprüchen wird also nicht zwischen Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum unterschieden³. Begründung hier ist, daß sich die beiden Bereiche in vielen Fällen "nicht nach brauchbaren Merkmalen auseinanderhalten" lassen⁴.

Zum Maßstab der Quotelung führt das Urteil vom 18.6.1979⁵ aus: (Für den Bauhandwerker) "ist es auch durchaus zumutbar, den Wohnungseigentümern die Teilschuldnerschaft zuzugestehen, also die von ihm erbrachten Werkleistungen so abzurechnen, als hätte er mit jedem einzelnen Wohnungseigentümer einen dessen Wohnungseigentumsanteil betreffenden Bauvertrag geschlossen". Aus den weiteren Ausführungen des Urteils ergibt sich, daß dieser Maßstab wie folgt zu konkretisieren ist: Entscheidend soll sein, zu welchem

1) RGRK-Weber, § 427 Rdn 12; RGRK-Glanzmann, § 631 Rdn 77; Erman-H.P.Westermann, § 427 Rdn 1; Soergel-Baur, WEG, § 3 Rdn 13; Maser, NJW 1980, 961; a.A. Deckert, Baumängel, S. 71; Brych, MittBayNot 1973, 336; Kirchner MittBayNot 1973, 263; weitere Nachweise für zust. Lit.: BGH NJW 1979, 2101

2) BGH NJW 1977, 44; BGH NJW 1977, 1686; BGH LM, § 427 Nr. 3; Bärmann-Pick, § 21 Rdn 16; Staudinger-Ring, WEG, § 16 Rdn 17; Soergel-Baur, WEG, § 1 Rdn 4

3) vgl. BGH NJW 1979, 2101, 2102

4) so BGH, a.a.O.

5) NJW 1979, 2101

Prozentsatz der jeweilige Erwerber am Gemeinschaftseigentum beteiligt ist, wenn man seinen Anteil zu dem der übrigen ins Verhältnis setzt. Abrechnungsgrundlage ist also eine aus dem Grundbuch ablesbare Größe. Dies geht zurück auf das erste Urteil des BGH zur Haftung künftiger Wohnungseigentümer für sog. Aufbauschulden, die Entscheidung vom 29.9.1959¹.

Dort heißt es: "Sofern sie nicht etwa nach der Vorschrift des § 42o zu einem gleichen Anteil verpflichtet sind, liegt die Annahme nahe, daß jeder entsprechend dem Anteil haftet, zu dem er als Miteigentümer am Grundstück beteiligt ist." Im Anschluß daran wird erörtert, daß sich ein geeigneterer Maßstab weder daraus ergebe, in welchem Umfang das Material der einzelnen Wohnung zugute gekommen ist (in der Entscheidung: Bauholz) noch darauf, wieviel Arbeit für die einzelne Wohnung investiert sei. Beide Maßstäbe seien unpraktikabel. Ebenfalls wird (ohne Begründung) abgelehnt, die Anteile nur anhand der Zahl der im Hause befindlichen Wohnungen zu bestimmen².

In seinem letzte Urteil³ zu dieser Frage schränkt jetzt der BGH diese Maßstabsbestimmung ein. Obwohl die Anteile der Erwerber am Miteigentum offensichtlich bekannt waren, entschied der BGH nicht über die Höhe des Anspruches, sondern verwies die Sache insoweit an das LG zurück. Dieses habe den Haftungsanteil der einzelnen Erwerber nach den jeweiligen Umständen und der Interessenlage zu bestimmen. Zur Konkretisierung dieses Maßstabes führt das Urteil aus: "Im Zweifel wird die Haftung der einzelnen Bauherren nach der Größe ihrer Miteigentumsanteile gewollt sein ... Es

1) BGH NJW 1959, 2160, 2162

2) BGH, a.a.O., S. 2162, 2163; zustimmend Soergel-Baur, WEG, § 3 Rdn 13 mwN

3) Urteil vom 17.1.1980 = NJW 1980, 992, 994

kann aber auch sachgerechter - und damit von den Parteien gewollt sein, soweit sich die Leistungen für das Sonder-eigentum trennen lassen, den Werklohn nur für den betroffenen Raumeigentümer zu berechnen und die Miteigentumsquote lediglich bei Leistungen auf das gemeinschaftliche Eigentum anzuwenden."¹

5. Stellungnahme

a) Bestimmung der Parteien des Bauvertrages

Für die Frage, ob die zur Gewährleistung bei Bauträgerverträgen entwickelten Auffassungen auf Baubetreuungsverhältnisse übertragbar sind und auch dafür, ob der Rechtsprechung zur anteiligen Haftung gefolgt werden kann, ist zunächst die vertragliche Ausgangssituation des Bauvertrages maßgeblich². Es muß also geklärt werden, ob ein Bauvertrag zwischen der Gemeinschaft der Erwerber und dem Unternehmer vorliegt oder ob die Vereinbarung so auszulegen ist, daß jeder Erwerber einzeln einen Vertrag mit dem Unternehmer geschlossen hat. Das als Beispiel herangezogene Vertragsmuster bezeichnet den Besteller als "Bauherrngemeinschaft". Dieselbe Bezeichnung haben die Parteien in den in letzter Zeit vom BGH entschiedenen Fällen verwandt³.

1) zustimmend Maser, NJW 1980, 961, 963

2) so auch BGH NJW 1980, 992, 994; a.A. Maser, NJW 1980, 961, 963, der den Haftungsumfang aus dem Gesellschaftsvertrag der Bauherrngemeinschaft bestimmen will

3) BGH NJW 1977, 294; BGH NJW 1979, 1821; BGH NJW 1979, 2101; BGH NJW 1980, 992

Dieser Sammelbegriff deutet bereits auf einen einheitlichen Vertrag mit der Gesamtheit der Erwerber hin. Dies wird durch den übrigen Vertrag bestätigt, wenn sich der Unternehmer zur Herstellung eines einheitlichen Gewerkes verpflichtet und wenn dafür ein einheitlicher Preis ausgeworfen wird. Sowohl die äußere Fassung der Abrede als auch ihr Inhalt sprechen also eindeutig gegen individuelle Vertragsabschlüsse jedes einzelnen Erwerbers. Es liegt vielmehr ein Vertrag zwischen der Gesamtheit aller künftigen Wohnungseigentümer und dem Bauunternehmer vor.

Daraus ergibt sich, daß die Auffassungen zur Mängelhaftung beim Bauträgervertrag nicht nach hierhin übertragbar sind. Die kontroversen Auffassungen ergaben sich dort aus dem Widerspruch zwischen individuellen Erwerbsverträgen einerseits und dem gemeinschaftlichen Bezugspunkt der Ansprüche andererseits. Eine solche Kollision ist hier nicht denknotwendig gegeben. Vielmehr bietet der einheitliche Vertrag von vornherein die Möglichkeit, gemeinschaftsbezogene Ansprüche auch nur den Vertragspartnern in ihrer Gesamtheit zuzusprechen. Ein weiterer, ebenfalls wichtiger Unterschied besteht hinsichtlich der Gewährleistungsansprüche, die eine Rückabwicklung zum Gegenstand haben (Wandelung; sog. großer Schadensersatz). Beim Bauträgervertrag schuldet derjenige, der für den Erwerber das Gebäude zu erstellen hat, gleichzeitig die Verschaffung der sachenrechtlichen Position. Hier dagegen hat der Unternehmer nur das Gebäude zu erstellen. Wandelung und großer Schadensersatz sind daher nicht durch Rückgabe des erstellten Werkes möglich, sondern müssen ebenfalls in Geld ausgedrückt werden.

Das Bedürfnis zur Sonderbehandlung dieser Ansprüche, das beim Bauträgervertrag allgemein gesehen wird¹, besteht daher hier nicht.

1) vgl. oben S. 197 ff

b) Rechtliche Einordnung der Bauherrengemeinschaft

Wenn aber davon auszugehen ist, daß ein Vertrag mit der "Bauherrengemeinschaft" abgeschlossen worden ist, so ist weiter zu klären, wie dieser Zusammenschluß aller Erwerber rechtlich einzuordnen ist.

aa) Notwendigkeit der rechtlichen Einordnung

Der BGH läßt diese Entscheidung in seinen Urteilen zur Haftung der Mitglieder der Bauherrengemeinschaft auf Zahlung der Werklohnforderung zwar offen. Auf die Rechtsnatur des Zusammenschlusses der Bauherrengemeinschaft komme es nicht an¹.

Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Der Begriff "Bauherrengemeinschaft" ist im Wortlaut des Bauvertrages der einzige Anhaltspunkt dafür, wie die Parteien die Aktiv- und Passivlegitimation wirklich gewollt haben. Schon deshalb bedarf er einer Klärung. Dem kann auch für die Zahlungspflicht der Erwerber nicht dadurch ausgewichen werden, daß man auf die Vollmacht zurückgreift. Zwar ist richtig, daß der Betreuer den Vertrag nur so abschließen kann, daß jeder "Bauherr nur entsprechend seinem Anteil verpflichtet wird". Nach § 177 würde also eine weitergehende Verpflichtung, selbst wenn sie sich aus dem Wort "Bauherrengemeinschaft" ergeben sollte, ohnehin nicht gegenüber den Erwerbern wirken².

Für den Bauhandwerker ist sie aber schon deshalb wichtig, weil eine Haftung des Betreuers aus § 179 in Betracht käme. Auch für die Haftung der Erwerber bleibt der Begriff "Bau-

1) so ausdrücklich BGH NJW 1959, 2160, 2161

2) so auch BGH NJW 1977, 294, 295

herrengemeinschaft" von Bedeutung. Der Wortlaut der Vollmacht beantwortet die Frage nach dem Umfang der Haftung nämlich nicht vollständig. Es bleibt insbesondere offen, wie der Anteil zu bestimmen ist.

Außerdem: Jede Personenmehrheit hat ihre eigenen Regeln für die Vertretung und für die Haftung (Beispiele: §§ 2038 ff, 2058 f für die Erbengemeinschaft; §§ 124 ff für die OHG; §§ 717, 427 (str.) für die BGB-Gesellschaft). Außer Frage steht, daß diese Vorschriften Anspruchsstellung und Haftung wesentlich beeinflussen.

Die rechtliche Einordnung der Bauherrengemeinschaft bestimmt, welche Vorschriften anzuwenden sind. Sie kann daher nicht offen bleiben.

bb) Bruchteilsgemeinschaft

Der Wortlaut der Bezeichnung "Bauherrengemeinschaft" weist zunächst auf ein Rechtsverhältnis zwischen den Erwerbern nach § 741 hin. Eine Bruchteilsgemeinschaft scheidet jedoch dann aus, wenn von den Beteiligten ein gemeinsamer Zweck verfolgt wird, der über das gemeinsame Haben einer Sache hinausgeht¹.

Gemeinsame Zweckverfolgung liegt vor, wenn jeder Partner den Zweck sowohl als eigenen als auch als den des anderen zu fördern verspricht².

1) Flume AT I 1, § 3 III, der allerdings bereits die gemeinschaftliche Verwaltung einer Sache genügen lassen will

2) Ballerstedt, JuS 1963, 255; zustimmend Flume AT I 1, S. 38 mwN, § 3 II

Daß bei der Bauherrengemeinschaft eine Zweckverfolgung vorliegt, ist evident; die Erwerber haben das von ihnen angestrebte Wohnungseigentum nicht; sie beabsichtigen also als Bauherren die Errichtung eines Hauses. Zweifelhafte könnte allenfalls sein, ob eine gemeinsame Zweckverfolgung gegeben ist. Möglicherweise verfolgt jeder Erwerber ausschließlich einen auf sich selbst bezogenen Zweck, nämlich die Erstellung seiner Eigentumswohnung. Richtig ist daran, daß dies letztlich das Ziel jedes Erwerbers ist. Darauf aber kommt es für die gemeinsame Zweckverfolgung nicht an. Nur der vertraglich festgelegte Zweck muß ein gemeinsamer sein. Ob darüber hinaus weitere Zwecke individuell verfolgt werden, ist unerheblich¹.

Die Mitglieder einer Bauherrengemeinschaft haben sich zusammengeschlossen, um ein einheitliches Gebäudes bezugsfertig zu erstellen. Der Vertragswille des einzelnen ist also nicht auf sein Sondereigentum beschränkt; vielmehr will jeder Erwerber die Fertigstellung des ganzen Gebäudes. Ohne diese wäre auch seine Wohnung und sein Miteigentumsanteil nicht denkbar. Mit der beabsichtigten Bauerrichtung liegt daher eine gemeinsame Zweckverfolgung vor².

Eine Bruchteilsgemeinschaft scheidet also aus.

cc) Innengesellschaft nach § 7o5

In dem vorstehend dargestellten Beispiel qualifiziert sich die Bauherrengemeinschaft selbst als Gesellschaft bürgerlichen Rechts, und zwar als Innengesellschaft³. Sie

1) Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, Rdn 27

2) so auch BFH, BStBl. 1977 II, S. 88-90

3) so auch Maser, NJW 1980, 961, 962

nehme nicht am Rechtsverkehr teil und erwerbe auch kein Vermögen, so heißt es im Text des Bauherrengemeinschaftsvertrages weiter.

Die Bezeichnung als Innengesellschaft bindet bei der rechtlichen Würdigung nicht. Maßgeblich ist nicht, wie die Parteien ihre Vereinbarung rechtlich eingeordnet haben, sondern was sie tatsächlich übereinstimmend wollten¹.

Möglicherweise liegt der Bezeichnung als Innengesellschaft zugrunde, daß die Bauherrengemeinschaft aus dem Bauvertrag nicht selbst gesamthänderisch gebundenes Vermögen, insbesondere kein Eigentum am Bauwerk erwerben soll, und daß die Erwerber keine Beiträge zu leisten haben. Mit der Frage, ob ein Gesamthandsvermögen vorliegt oder nicht, wird jedoch der wesentliche Unterschied zwischen Innen- und Außengesellschaft nicht erfaßt. Zwar ist nach herrschender Meinung eine Innengesellschaft mit Gesamthandsvermögen nicht denkbar; andererseits kann es aber auch bei einer Außengesellschaft am Gesamthandsvermögen fehlen². Das entscheidende Merkmal für eine Innengesellschaft besteht vielmehr darin, daß bei ihr die Gesellschaft nach außen hin als solche nicht auftritt³.

Ein solches Auftreten ist jedoch bereits nach dem Wortlaut des Bauherrengemeinschaftsvertrages vorgesehen. § 2 und § 4 des Vertrages regeln, daß die "Bauherrenrechte", also die Rechte und Pflichten des Bestellers nach § 631 durch den Treuhänder als Vertreter ausgeführt werden. Die Bau-

1) vgl. BGH LM, § 57 b ZVG Nr. 1

2) vgl. im einzelnen Flume AT I 1, § 1 III mwN

3) BGHZ 12, 314; RGZ 166, 163

herren in ihrer Gesamtheit sollen nicht nur entscheiden, wie die Rechte ausgeübt werden, sondern sie auch tatsächlich - durch den Vertreter - ausüben. Ein Auftreten der Bauherren nach außen als Gesamtheit wird auch verwirklicht: Dies zeigt sich beim Abschluß der Bauverträge selbst. Hier bezeichnet sich die "Bauherrengemeinschaft" als Vertragspartner des Unternehmers. Die Erwerber werden als Personenzusammenschluß rechtsgeschäftlich tätig.

Von einer Außengesellschaft geht auch offensichtlich das Urteil des BGH vom 30.4.1979¹ aus.

Dort ging es um die Haftung eines nach Abschluß des Bauvertrages in die Bauherrengemeinschaft eingetretenen Erwerbers. Der BGH nimmt hier ohne weitere Begründung an, bei der Bauherrengemeinschaft handele es sich um eine Gesellschaft nach §§ 705 ff. Allein das zeigt zwar noch nicht, daß die Gesellschaft als Außengesellschaft verstanden werden muß. Dies ergibt sich aber aus dem weiteren Inhalt der Entscheidung. Der BGH erwägt nämlich, ob auch der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft im Ergebnis wie bei der handelsrechtlichen Ausgestaltung akzessorisch zur Gesellschaftsschuld hafte und daher der Rechtsgedanke aus § 130 HGB anwendbar sei².

Der BGH verneint letztlich eine solche Haftung, jedoch nicht deshalb, weil die BGB-Gesellschaft nicht nach außen hin auftritt, sondern weil die handelsrechtlichen strengeren Haftungsnormen auf die vielgestaltig denkbare BGB-Gesellschaft nicht anwendbar seien. Dies zeigt aber, daß der BGH im Grundsatz von einer gesellschaftsrechtlich veranlaßten Haftung des Mitgliedes der Bauherrengemeinschaft ausgeht, also eine Außengesellschaft annimmt.

1) BGH NJW 1979, 1820

2) so Flume AT I 1, § 16 IV; vgl. auch Kornblum, S. 30 ff., der jedoch speziell die Übertragung des § 130 HGB ablehnt

Die Bezeichnung als Innengesellschaft im Bauherrengemeinschaftsvertrag beruht also auf einer rechtlichen Fehleinschätzung.

dd) "Werdende" Wohnungseigentümergeinschaft

Nach einem Teil der Literatur und der Rechtsprechung¹ soll es den Erwerbern auch möglich sein, untereinander eine Aufbauvereinbarung im Rahmen der Wohnungseigentümergeinschaft zu treffen. Diese Vereinbarung soll nach § 10 WEG dingliche Wirkung haben können.

Zunächst darf darauf hingewiesen werden, daß eine solche Regelung der Beziehungen der Erwerber untereinander zumindest aus praktischen Gründen schwierig ist. Vereinbarungen nach § 10 WEG können jedenfalls von dem Zeitpunkt an getroffen werden, wo durch Vollendung des gesamten dinglichen Erwerbstatbestandes die Wohnungseigentümergeinschaft entstanden ist. Daß das Gebäude noch nicht erstellt ist, steht dem nicht entgegen. Das Anwartschaftsrecht auf das Sondereigentum verdichtet sich in diesem Fall schrittweise mit der Erstellung zum Vollrecht².

Eine Verpflichtung zur Bauerstellung könnten die Wohnungseigentümer aber immer erst dann eingehen, wenn der volle dingliche Tatbestand verwirklicht ist und der Aufbauplan nach § 7 Abs. IV WEG erstellt wäre. Letzteres verhindert, daß die Bauherrengemeinschaft selbst die Planungen durchführt (Fall der wirtschaftlichen Betreuung). Die Planungen müßten bereits vollständig abgeschlossen sein, bevor es zur Bindungswirkung zwischen den Erwerbern nach § 10 WEG kommen kann.

1) Soergel-Baur, WEG, § 3 Rdn 12, 14, § 10 Rdn 5; Palandt-Bassenge, WEG, Überblick, vor § 1, 2 E c, jeweils mwN

2) vgl. Röhl DNotZ 1977, 69

Darüber hinaus erscheint zweifelhaft, ob nach dem Normzweck des WEG die Ersterstellung des Gebäudes insgesamt nach § 10 WEG regelbar ist. Aus zahlreichen Einzelvorschriften ergibt sich, daß die Regeln über die Wohnungseigentümergeinschaft zugeschnitten sind auf das Haben der Sache, ihre Verwaltung nach Entstehung und Inbesitznahme, nicht dagegen auf ihre Errichtung. Das folgt auch aus den Vorschriften über das Handeln nach außen. Der Katalog über die Befugnisse des Verwalters befaßt sich ganz wesentlich mit den Maßnahmen, die der Verwalter hinsichtlich des errichteten Bauwerkes zu treffen hat; Vorschriften über seine Funktion während der Errichtung fehlen dagegen völlig. Auch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer selbst in der Aufbauphase wird überhaupt nicht erwähnt - bezeichnenderweise im Gegensatz zu dem geltenden, aber praktisch viel selteneren Fall des Wiederaufbaus, vgl. § 11 Abs. 1 S. 2 WEG. Dies alles spricht gegen die Möglichkeit, den Aufbau nach § 10 WEG vereinbaren zu können.

Keinesfalls kann man die Bauherrengemeinschaftsabrede, wenn sie so wie im Beispiel getroffen wird, als Vereinbarung innerhalb der (werdenden) Wohnungseigentümergeinschaft auffassen. Sie ist vielmehr dieser vorgelagert.

ee) Außengesellschaft nach § 7o5 als Vorstadium der Wohnungseigentümergeinschaft

Damit bleibt es dabei, daß das Bauherrengemeinschaftsverhältnis vertraglich eingegangen wird, und zwar zur Erreichung eines gemeinsam zu verfolgenden Zweckes. Es liegen also die Voraussetzungen einer Außengesellschaft nach § 7o5 vor¹.

1) so auch BGH NJW 1979, 1821; vgl. auch Soergel-Baur, WEG, § 3 Rdn 12

Im Regelfall sind bei der BGB-Gesellschaft Aktiv- und Passivlegitimation wie folgt zu verstehen:

Ansprüche stehen den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit gemeinschaftlich zu. Ihre Geltendmachung bestimmt sich allerdings nicht nach § 432, sondern nach den Vereinbarungen über die Geschäftsführung, die ihrerseits wieder den Umfang der Vertretungsmacht beeinflussen¹.

Der Umfang der Haftung bestimmt sich nach den getroffenen Vereinbarungen. Im Regelfall haften daher die Gesellschafter gemäß §§ 709, 714, 427 als Gesamtschuldner. Daneben tritt die Haftung aller Gesellschafter zusammen als gemeinschaftliche Schuldner mit dem Gesamthandsvermögen².

Schuld und Haftung könnten hier jedoch dann besonders ausgestaltet sein, wenn auf die Rechtsverhältnisse dieser BGB-Gesellschaft das Recht der künftigen Wohnungseigentümer vorwirkte. Dazu könnte man kommen, wenn man die Bauherrengemeinschaft als Vorgängerin der Wohnungseigentümergeinschaft versteht, die BGB-Gesellschaft also mit der Wohnungseigentümergeinschaft identisch ist. Fälle der Identität - trotz verschiedener Rechtsformen - sind eine im Gesellschaftsrecht bekannte Erscheinungsform. Möglicherweise kann zu ihnen hier eine Parallele festgestellt werden.

(1) So wird identitätserhaltende Umwandlung angenommen beim Wechsel der Rechtsform einer Personengesellschaft: Wird aus der BGB-Gesellschaft eine OHG, aus der KG eine OHG oder umgekehrt, so bleibt die Gesellschaft identisch.

1) vgl. oben S. 195

2) Palandt-Heinrichs, vor § 420, 2 c aa mwN; etwas anders Larenz, SchuldR AT, § 36 II c; zur Gegenmeinung vgl. Flume AT I 1, § 16 IV

Es handelt sich um "ein und dieselbe Gesellschaft"¹.

Das insoweit unstreitige Ergebnis beruht auf der Überlegung, daß diese Gesellschaften in der Grundstruktur identisch sind: BGB-Gesellschaft und OHG unterscheiden sich von den Voraussetzungen her nur durch den bei der OHG verfolgten Zweck; die KG ist eine nur um die Sonderstellung des Kommanditisten modifizierte OHG. Bei allen Gesellschaftsformen ist jedoch die Zuordnung des Gesellschaftsvermögens zu Gesellschaftern und Gesellschaft gleich: Es gilt das Gesamthandsprinzip der §§ 7o5 ff².

In Parallele hierzu setzt die Annahme einer Identität zwischen der Bauherrengemeinschaft - einer Außengesellschaft nach § 7o5 - und der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer voraus, daß beide Personenmehrheiten hinreichend ähnlich sind.

Wie die Wohnungseigentümergeinschaft rechtliche einzuordnen ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Unstreitig dürfte lediglich sein, daß sie nicht wie eine juristische Person zu behandeln ist, ihr also sowohl die Rechtsfähigkeit als auch die Parteifähigkeit fehlt³.

Dies spricht zunächst für die Möglichkeit eines identitätserhaltenden Überganges zwischen Aufbaugesellschaft und Wohnungseigentümergeinschaft. Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß Identitätserhaltung mehr voraussetzt als nur die Tatsache, daß bei beiden Zusammenschlüssen die Mitglieder selbst Rechtsträger sind. Vielmehr ist zusätzlich noch erforderlich, daß das Vermögen auch gleichartig

1) BGH NJW 1967, 821

2) vgl. Flume AT 1 1, § 5

3) BGH NJW 1977, 1688; Bärman, WEG, § 2o Rdn 5; Einl. Rdn 193 ff

gehalten wird. Die BGB-Gesellschaft ist Gesamthand. Identität setzt damit voraus, daß auch die Wohnungseigentümer als Gesamthand angesehen werden können.

Dies aber wird ganz überwiegend abgelehnt. Nach Auffassung des BGH ist die Wohnungseigentümergeinschaft eine besonders durch das WEG ausgestaltete Bruchteilsgemeinschaft¹.

Nach der herrschenden Meinung in der Literatur ist es sogar unzulässig, durch Vereinbarung zwischen den Wohnungseigentümern eine gesamthänderische Bindung zu schaffen. Dies überschreite den durch § 10 WEG geschaffenen Dispositionsspielraum².

Ein Teil der Literatur versteht die Wohnungseigentümergeinschaft dagegen in dem Bereich, wo sie als Gläubiger auftritt, als Gesamthand³.

Diese auf einen Teilbereich beschränkte Einordnung begegnet Bedenken⁴. Es ist zwar möglich, daß dieselben Personen in mehreren Personenzusammenschlüssen verschiedene Vermögensmassen in unterschiedlicher Rechtszuständigkeit halten. Gesamthands- und Bruchteilsvermögen in demselben Personenzusammenschluß aber könnte dem grundsätz-

1) BGH NJW 1977, 1688; BGHZ 49, 250; Soergel-Baur, WEG, § 1 Rdn 4

2) Soergel-Baur, WEG, § 10 Rdn 9 mwN

3) Rosenberger, BauR 1978, 241, 242 mwN zur Rechtsnatur der Wohnungseigentümergeinschaft

4) dagegen auch Merle, S. 139 ff

lich das gesamte Vermögen eines Personenzusammenschlusses erfassenden Gesamthandsprinzip widersprechen. Letztlich können diese Bedenken jedoch dahinstehen. Denn auch die von Rosenberger vertretene Auffassung geht nicht davon aus, daß das für die identitätserhaltende Umwandlung wesentliche Vermögen im Gesamthandsvermögen steht. Gesamthänderische Bindung wird von ihm nur für Instandhaltungsrücklage und den Jahresetat, § 21 Abs. 5 Nr. 4, 5 WEG, angenommen. Das wesentliche Vermögen der Wohnungseigentümergeinschaft besteht dagegen in dem - auch nach Rosenberger - zu ideellen Bruchteilen gehaltenen Mit-eigentum. Ebenso aber wie die Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff ungleichartig mit der Vermögenszuständigkeit nach §§ 718, 719 ist, muß es dann auch an einer Ähnlichkeit zwischen BGB-Gesellschaft und Wohnungseigentümergeinschaft fehlen.

(b) Möglicherweise läßt sich das Verhältnis von Bauherrengemeinschaft zu Wohnungseigentümergeinschaft aber ähnlich wie das Verhältnis der Vorgesellschaft einer juristischen Person zur juristischen Person selbst verstehen. Nach heute überwiegender Auffassung ist die Vorgesellschaft eine Gesellschaft eigener Art, auf die das Recht der entstehenden Körperschaft anzuwenden ist, jedoch mit Ausnahme der Vorschriften, die gerade die Rechtsfähigkeit voraussetzen¹. Die Vorschriften, die für das endgültige Stadium der Gesellschaft gelten, wirken also in das Entstehungsstadium vor, obwohl dort mit der Personalgesellschaft eine andere Rechtsform gegeben ist.

1) BGHZ 21, 242; BAG NJW 1963, 680; Dilcher, JuS 1966, 89; Staudinger-Keßler, § 705 Rdn 50; RGRK-Fischer, § 705 Anm. 6; Godin-Wilhelmi, § 29 Anm. 4; andere Auffassungen zur Rechtsnatur der Vorgesellschaft: BGB-Gesellschaft; nicht rechtsfähiger Verein: Baumbach-Hueck, § 11 Anm. 1

Obertragen auf die hier zu entscheidende Situation bedeutete dies: Auf die begrifflich unter §§ 7o5 ff subsumierbare Bauherrengemeinschaft wäre - möglicherweise mit Ausnahmen - das WEG anzuwenden.

Für einen solche Gedanken scheint zunächst der Zweck der Bauherrengemeinschaft zu sprechen: Sie dient der Schaffung von Wohnungseigentum, also der Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft - ebenso wie die Vorgesellschaft der Schaffung der juristischen Person. An eine weitere Parallelität läßt sich im dinglichen Bereich denken: Die juristische Person erwirbt mit ihrer Entstehung zumindest das Aktivvermögen der Vorgesellschaft.

Die Wohnungseigentümergeinschaft könnte nun ebenso von der Bauherrengemeinschaft, die das Bauwerk vom Unternehmer geleistet bekommt, das Gebäude im Wege der Rechtsnachfolge mit der Wirkung der Entstehung von Wohnungseigentum erhalten.

Die aufgezeigten Ähnlichkeiten erweisen sich jedoch bei näherer Überprüfung nicht als hinreichend.

Bauherrengemeinschaft und Vorgesellschaft erfüllen im Verhältnis zum jeweiligen Endstadium nur scheinbar den gleichen Zweck. Die Vorgesellschaft beispielsweise bei der GmbH dient in erster Linie dazu, die rechtlichen Voraussetzungen für die Eintragung der GmbH zu schaffen; darüber hinaus kann sie nach heute herrschender Meinung Unternehmensträgerin sein¹.

Ihre Aufgabe ist es aber nicht, das für den Betrieb des Unternehmers der GmbH erforderliche Vermögen erst noch

1) vgl. mwN Binz, GmbH, RdSch. 1976, 29, 31

zu erwirtschaften. Die Bauherrengemeinschaft dagegen hat gerade eine mit letzterem vergleichbare Aufgabe. Sie schafft nicht die rechtlichen, sondern die tatsächlichen Voraussetzungen für die Wohnungseigentümergeinschaft. Die von Vorgesellschaft einerseits und Bauherrengemeinschaft andererseits verfolgten Zwecke sind also nicht gleichartig. Weiterhin ist die Intensität der Zweckverfolgung im Verhältnis zur endgültig erstrebten Rechtsform unterschiedlich. Aufgabe der Vorgesellschaft ist es, die Gesellschaft zu gründen. Ihr Zweck bleibt also hinter dem von der juristischen Person verfolgten zurück. Allenfalls kann der von Vorgesellschaft und juristischer Person verfolgte Zweck gleich sein, nämlich dann, wenn die Vorgesellschaft Unternehmensträgerin ist. Im Gegensatz dazu verfolgt die Bauherrengemeinschaft erheblich intensiver einen gemeinsamen Zweck als später die Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft. Während die gemeinsame Errichtung eines Bauwerkes durchaus nicht als nur sehr lose Zweckverbundenheit gesehen werden kann, ist das spätere gemeinsame Haben und Verwalten einer Sache ein gemeinsames Ziel, was allenfalls im Grenzbereich dessen liegt, was noch als gemeinsame Zweckverfolgung angesehen werden kann¹.

Während also beim Übergang von Vorgesellschaft zu juristischer Person der Zusammenschluß intensiver wird, sich verdichtet, ist die Situation bei einem angenommenen Übergang von Bauherrengemeinschaft in Wohnungseigentümergeinschaft umgekehrt: Die Gemeinsamkeiten nehmen ab.

Auch im dinglichen Bereich ist die Parallele nicht gegeben. Im Verhältnis Vorgesellschaft - juristische Person wird aus einem Gesamthandsvermögen das Vermögen einer

1) Flume AT I 1, § 3 III mwN

juristischen Person. Die Verselbständigung der Vermögensmasse wird also noch weiter verstärkt (vgl. etwa den Wortlaut des § 13 GmbHG). Nimmt man dagegen an, die Bauherrengemeinschaft erwerbe zuerst das Bauwerk und von dieser gehe es auf die Wohnungseigentümergeinschaft über, so verstärkt sich die Stellung der einzelnen Beteiligten: Aus einem Gesamthandsvermögen würde ein durch Sondereigentum "geschwächtes" Miteigentum. Auch im dinglichen Bereich nähme also die Intensität der Beziehungen ab.

Das Verhältnis Vorgesellschaft - juristische Person ist auf das Verhältnis Bauherrengemeinschaft - Wohnungseigentümergeinschaft daher nicht übertragbar. Bauherrengemeinschaft und Wohnungseigentümergeinschaft können miteinander nicht identisch sein. Die Bauherrengemeinschaft ist auch kein wesensgleicher Vorläufer der Wohnungseigentümergeinschaft.

ff) Besonderheiten gegenüber dem Regelfall der §§ 7o5 ff

Damit steht aber noch nicht fest, daß zwischen beiden Personenmehrheiten überhaupt keine Verbindung besteht. Geklärt ist lediglich, daß Entstehen, rechtliches Auftreten und damit auch Bestehen sowie Beendigung von Bauherrengemeinschaft und Wohnungseigentümergeinschaft getrennt zu sehensind. Ein entscheidender funktionaler Zusammenhang aber ergibt sich, wenn man die rechtlichen Auswirkungen des Handelns der Bauherrengemeinschaft näher betrachtet. Es ist bereits dargelegt worden, daß der Bauvertrag zwischen Handwerkern und der Bauherrengemeinschaft abgeschlossen wird. Für den typischen Fall einer BGB-Gesellschaft würde dies bedeuten, daß die vom Vertragspartner erbrachte Leistung dem Vermögen der Gesellschaft zugute kommen würde, § 717 Abs. 1 2. Alt. Das

vom Bauunternehmer erstellte Werk würde also Gesellschaftsvermögen. Gerade dies wollen aber die Mitglieder einer Bauherrengemeinschaft ersichtlich nicht: Da ein automatischer Rechtsübergang aus diesem Gesamthandsvermögen in die Wohnungseigentümergeinschaft nicht möglich ist (s. o.), müßte die Verschaffung der Bauleistung aus der einen Sondervermögensmasse in die andere rechtsgeschäftlich vorgenommen werden. Für den dinglichen Erwerbstatbestand würde zwar § 946 helfen. Danach erwirbt bei der Errichtung eines Gebäudes der Eigentümer des Grundstückes auch das Gebäude. Mit der Begründung des Wohnungseigentums nach §§ 3, 8 WEG würden also die dinglich Berechtigten das Wohnungseigentum erwerben, wenn und soweit das Gebäude errichtet wird¹.

Für die Wohnungseigentümer fehlte es aber gegenüber den Mitgliedern der Bauherrengemeinschaft zumindest an einem schuldrechtlichen Verschaffungsgeschäft. Dies aber müßten die Parteien zumindest abschließen, wollten sie die Gebäudeerrichtung zunächst als Erwerb von Gesellschaftsvermögen iSd § 718 ansehen. Steuerrechtliche Konsequenzen, die die Annahme einer solchen Leistungskette von Handwerker zu Bauherrengemeinschaft und von dort zu den Wohnungseigentümern mit sich bringen könnte, seien hier nicht näher erörtert. Denn jedenfalls zeigt der Umstand, daß die Parteien eine solche doppelte Verschaffung nicht vereinbaren, daß eine andere Lösungsmöglichkeit als die über § 718 gesucht werden muß.

Ausgegangen werden kann dabei davon, daß § 718 Abs. 1 1. Alt. abdingbar ist. Die durch die Geschäftsführung erworbenen Vorteile brauchen nicht Gesamthandsvermögen zu werden. Vielmehr haben die Gesellschafter die Möglichkeit, zu vereinbaren, das Erworbene solle ihnen nach Bruchteilen

1) vgl. Palandt-Bassenge, WEG, § 3 Anm. 1 c mwN

gemeinschaftlich zustehen. In diesem Fall kann "im Rahmen der bürgerlichen Gesellschaft eine schlichte Rechtsgemeinschaft gemäß § 741" entstehen¹.

Dann muß es aber auch möglich sein, daß die Gesellschaft einen Werkvertrag mit dem Bauunternehmer schließt und gleichzeitig vereinbart, daß die Leistung nicht an das Gesamthandsvermögen, sondern an die Gesellschafter, aber in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft, erfolgt. Eine solche Leistungsbeziehung muß sich aus dem Inhalt des Erwerbsgeschäftes mit dem Dritten ergeben; auf die Vereinbarung der Gesellschafter untereinander kommt es insoweit nicht an².

Mit Flume kann auch davon ausgegangen werden, daß ein solches Verhalten nicht die Regel ist. Vielmehr wird der Vertragspartner in der Regel an das Gesamthandsvermögen leisten wollen. Hier liegen jedoch besondere, für den Handwerker erkennbare Umstände vor, die eine andere Beurteilung gerechtfertigt erscheinen lassen. Auch der Handwerker weiß, daß mit seiner Baumaßnahme Wohnungseigentum geschaffen werden soll. Er kennt also die Rechtsform, in der seine Besteller die Werkleistung endgültig weiterverwenden wollen. Andererseits sind besondere Interessen des Handwerkers an einer Leistung in das Gesamthandsvermögen nicht ersichtlich. Wenn die Besteller wie hier ein erhebliches Interesse daran zu erkennen geben, daß zwar an sie, aber in anderer Rechtszuständigkeit als in ihrer Eigenschaft als Besteller geleistet werden soll,

1) so Staudinger-Keßler, vor § 7o5 Rdn 45 a; Flume AT I 1, § 1 IV

2) Flume, a.a.O.

so wird der Handwerker, der dem nachkommt, frei. Dies zeigt ein Vergleich mit § 362 Abs. 2. Nach dieser Vorschrift tritt Liberationswirkung ein, wenn mit Zustimmung des Gläubigers an einen Dritten geleistet wird. Erst recht muß dies aber gelten, wenn nur an ein anderes Sondervermögen der Besteller selbst geleistet wird.

Auch verschlechtert sich seine Position hinsichtlich der Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 648 nicht. Zu dieser Vorschrift ist herrschende Meinung, daß eine strenge Identität zwischen Besteller und Eigentümer nicht erforderlich ist, sondern enge wirtschaftliche Verflechtung zwischen Besteller und Eigentümer ausreicht¹.

Dann muß es aber erst recht ausreichen, wenn die Besteller selbst Eigentümer sind und nur Anspruchsverpflichtung und dingliche Stellung verschiedenen Sondervermögen zugeordnet ist.

Die Bauverträge mit Mitgliedern einer Bauherrengemeinschaft zur Errichtung von Wohnungseigentum sind also so auszulegen, daß die Erwerber die Erfüllung der Bauerstellungsverpflichtung als Wohnungseigentümer entgegennehmen. Insoweit ist die sonst bei der BGB-Gesellschaft bestehende Lage modifiziert.

c) Auswirkung der rechtlichen Einordnung auf die Aktiv- und Passivlegitimation

Diese besondere Art der Leistungsannahme könnte Einfluß auf die Aktiv- und Passivlegitimation haben.

1) vgl. Palandt-Thomas, § 648 Anm. 2 b mit umfangreichen Nachweisen auch für die Gegenmeinung

aa) Rechtsgeschäftlicher Verpflichtungstatbestand für
Gesellschafterschulden

Haftungs- und Anspruchsbegründung sind bei der BGB-Gesellschaft nicht - wie etwa bei der OHG oder der Erbengemeinschaft - spezialgesetzlich geregelt. Dies hat für die Frage nach der Haftung der BGB-Gesellschafter zu kontroversen Auffassungen geführt. Die Rechtsprechung vertritt, daß auch die Gesellschafterschuld rechtsgeschäftlich begründet wird; eine entsprechende Anwendung von Vorschriften über akzessorische Gesellschafterhaftung verbiete sich schon wegen der außerordentlichen Anwendungsbreite der §§ 705 ff. Diese Rechtsform stehe zur Verfügung für Zusammenschlüsse mit sehr unterschiedlichen Zwecken. Auch hinsichtlich Art, Größe, Personenkreis und wirtschaftlicher Bedeutung könnten in hohem Grad Unterschiede vorliegen. Differenzierte Haftungsfolgen seien daher notwendig, was nur bei rechtsgeschäftlich verstandener Schuldbegründung möglich sei¹.

Demgegenüber vertritt ein Teil der Literatur, auch bei der Haftung aus Rechtsgeschäften werde unmittelbar rechtsgeschäftlich nur die Gesamtheit der Gesellschafter betroffen; die Haftung der einzelnen Gesellschafter ergebe sich wie bei § 128 HGB ohne besondere rechtsgeschäftliche Abrede².

1) vgl. BGH NJW 1979, 1821 mwN

2) so Flume AT I 1, § 16, 3; zu weiteren Nachweisen für diese Auffassung (die allerdings mit sehr unterschiedlicher Begründung und auch unterschiedlichen Ergebnissen vertreten wird); vgl. Flume, a.a.O., und BGH NJW 1979, 1821

Dem ist insoweit zuzustimmen, als ein Unterschied zwischen der Haftung aller Gesellschafter in ihrer Gesamtheit und der Haftung der Gesellschafter einzeln gemacht wird. Die Haftung der Gesellschafter in ihrer Gesamtheit (Vollstreckungsobjekt: das Gesamthandsvermögen) ist nicht lediglich die Bündelung der Einzelansprüche, sondern selbständig zu sehender Anspruch. Es liegt also neben der - möglicherweise bestehenden - Haftung der Gesellschafter eine gemeinschaftliche Schuld aller. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 736 ZPO und auch aus der vergleichbaren Regelung in § 2059 Abs. 2 für die Erbengemeinschaft¹.

Bedenken bestehen jedoch dagegen, analog § 128 HGB immer eine gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter anzunehmen. Gerade der hier zu entscheidende Fall zeigt, wie atypisch und unterschiedlich die Gesellschaft nach § 705 ausgestaltet sein kann. Die volle gesamtschuldnerische Haftung mag passen, wo sich Personen ähnlich unbedingt und intensiv wie die Gesellschafter der OHG zusammenschließen. Bezeichnenderweise wählt Flume auch zur Veranschaulichung seiner Auffassung die Entscheidung des BGH zur Haftung der Mitglieder einer Anwaltssozietät².

Dort mag (so auch der BGH, a.a.O.) die gesamtschuldnerische Haftung passen. Sie aber mit § 128 HGB zu begründen, hieße, sich der Möglichkeiten zu differenzierten Lösung in anders liegenden Fällen zu begeben.

Nun geht auch Flume davon aus, daß die Haftung wie aus § 128 HGB rechtsgeschäftlich beschränkbar ist. Abzulehnen

1) Flume AT I 1, § 16 III; a.A. wohl Palandt-Thomas, § 714 Anm. 3 c

2) BGHZ 56, 355

ist daher auch nach Flume die von Deckert¹ vertretene Auffassung, eine anteilige Haftung lasse sich "bei solchen Gesamthands-Zweckgemeinschaften (Bauherrengemeinschaften) rechtsdogmatisch nicht erklären".

Flume erörtert die Haftungsbeschränkung für die "Ideal"-Gesellschaft und für Personenzusammenschlüsse, die im Rechtsverkehr wie eine Kommanditgesellschaft auftreten, es aber mangels Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 161 Abs. 2, 123 HGB nicht sind².

Diesem Ansatzpunkt zu einer differenzierten Lösungsmöglichkeit ist jedoch nach der hier mit der Rechtsprechung vertretenen Ausgangssituation nicht zu folgen. Es geht nicht darum, bei der Haftung der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft die Haftungsbeschränkung zu begründen. Vielmehr muß sich umgekehrt die Haftung selbst aus Rechtsgeschäft ergeben.

Dabei ist in erster Linie - möglicherweise wird das bei dem Streit um die Offenlegung einer Vollmachtsbeschränkung übersehen³ - auf den Inhalt des Rechtsgeschäftes mit dem Dritten abzustellen. Erst wenn dieser feststeht, ist zu kontrollieren, ob der Inhalt des Rechtsgeschäftes von der Vollmacht gedeckt ist⁴.

1) Deckert, Baumängel, S. 71

2) Flume AT I 1, § 16 IV 5

3) RGZ 155, 75, 87; Staudinger-Keßler, § 174 Rdn 12; Soergel-Schultze-vLasaulx, § 714 Rdn 9; Palandt-Thomas, § 714 Anm. 3 c

4) so verfährt auch BGH NJW 1977, 294

Auch für die Haftung der Mitglieder der Bauherrengemeinschaft ist daher die Auslegung des Bauvertrages und damit die besonders vereinbarte Entgegennahme der Leistung heranzuziehen.

bb) Maßstäbe für die Rechtsstellung und die Verpflichtung der Erwerber

Die direkte Übernahme der Bauleistung in Teil- und Gemeinschaftseigentum könnte dafür sprechen, daß die Parteien auch die wechselseitigen Ansprüche aus dem Bauvertrag entsprechend aufteilen wollen. Das Mitglied der Bauherrengemeinschaft wäre danach hinsichtlich seines Sondereigentums allein berechtigt und verpflichtet. Insoweit wäre also Teilgläubiger- und Teilschuldnerschaft nach § 42o gegeben. Dafür aber muß die Leistung, um die es geht, teilbar iSd § 42o sein. Das Gegenteil, Unteilbarkeit nämlich, kann sich aus tatsächlichen oder aus rechtlichen Gründen ergeben. Rechtliche Unteilbarkeit wird insbesondere dann angenommen, wenn der Leistungsgegenstand in ein bzw. aus einem Gesamthandsvermögen zu leisten ist. Mit Hinweis darauf kann hier die Teilbarkeit nicht abgelehnt werden. Ob an die Gesamtheit zu leisten ist und ob (nur) die Gesamtheit aller Bauherren verpflichtet sein soll, ist gerade Gegenstand dieser Untersuchung. Teilbarkeit kann daher hier nur im tatsächlichen Sinn verstanden werden.

(1) Der Anspruch auf Herstellung und die Gewährleistungsrechte

Für den Anspruch auf Bauerrichtung und für die Gewährleistungsansprüche ist daher zunächst erforderlich, daß

die vom Bauunternehmer zu erbringende Leistung einwandfrei trennbar den einzelnen Sondereigentumsbereichen sowie dem Gemeinschaftseigentum zugeordnet werden kann. Was zum Sonder- und was zum Miteigentum zu rechnen ist, ergibt sich aus dem von den Erwerbern vereinbarten Aufteilungsplan iVm §§ 1, 5 WEG. Gemeinschaftseigentum ist danach insbesondere alles, was für das Gesamtgebäude bestands- und funktionswesentlich ist sowie die Teile, die für den gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmt sind. Hier mag es im Einzelfall Abgrenzungsschwierigkeiten geben¹.

Deren Lösung ist, wie die Praxis des WEG zeigt, jedoch möglich. Letztlich kann in jedem Fall gesagt werden, welchen Bereichen die Bauleistungen zuzuordnen sind. Der Frage, was im einzelnen Sonder- und was Miteigentum ist, soll im Rahmen dieser Untersuchung nicht nachgegangen werden².

Damit steht jedoch nur die Zuordbarkeit einer erbrachten Werkleistung fest. Teilbarkeit iSd § 42o setzt aber mehr voraus. Es muß möglich sein, den Teilanspruch selbständig von den anderen zu erfüllen. Die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes kann also nur dann unter § 42o fallen, wenn Teilerstellung möglich ist und sie auch das jeweilige Gläubigerinteresse befriedigt³.

Für das Herstellen der einzelnen Sondereigentümer entstehen keine Abhängigkeiten zwischen den Sondereigentumsbereichen. Nach § 5 Abs. 2 WEG gehören nämlich die be-

1) zum Rechtsstreit zwischen den Wohnungseigentümern über die Grenzen von Sonder- und Miteigentum vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1975, 1976

2) vgl. hierzu etwa die Zusammenstellungen bei Diester, Rdn 139 ff; Palandt-Bassenge, WEG, § 5 Anm. 1 b

3) Palandt-Heinrichs, § 266 Anm. 2 b mwN

standsnotwendigen Gebäudeteile zwingend nicht zum Sondereigentum. Jedes Sondereigentum kann also ohne das andere vollständig fertiggestellt werden. Damit zeigt sich aber gleichzeitig die entscheidende Abhängigkeit eines Anspruches auf separate Erstellung des Sondereigentums. Er setzt voraus, daß entweder das bestandsnotwendige und auch das funktionsnotwendige (Beispiel: Treppenhausbeläge) Gemeinschaftseigentum bereits steht oder zumindest aber dessen Erstellung sichergestellt ist. Die Annahme einer teilbaren Werkleistung ist daher immer dann möglich, wenn es um Ausbaugewerke geht und die vertraglich geschuldete Leistung sich ausschließlich auf Sondereigentumsbereiche bezieht (Beispiel: von der Bauherrengemeinschaft beauftragter Parkettleger)¹.

Dies ist aber, wie auch der in dieser Untersuchung zitierte Vertrag zeigt, nicht die Regel. Meist wird mit der Bauerstellung ein Generalunternehmer beauftragt. Hierauf wird schon der Baubetreuer achten, der so ganz wesentlich von ihm sonst obliegenden Koordinierungsaufgaben entlastet wird. Verträge mit Generalunternehmern aber haben alle Bauleistungen, also sowohl die am Sonder- als auch die am Gemeinschaftseigentum, zum Gegenstand. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über zum Sondereigentum gehörende Gegenstände ist also die "Basis", das Gemeinschaftseigentum, noch nicht fertig. Dies führe, so könnte man meinen, dazu, für Generalunternehmerverträge die Teilbarkeit der Unternehmerschuld insgesamt abzulehnen. Konsequenz wäre, daß der Anspruch auf Erstellung des Werkes und die Gewährleistungsansprüche ohne Differenzierung nach Sonder- und Gemeinschaftseigentum ausschließlich den Erwerbern in ihrer Gesamtheit zustünde. Anzunehmen wäre also eine gemeinschaftliche Gläubigerschaft, so wie sie allgemein für die BGB-Gesellschaft typisch ist.

1) zur Sondereigentumseigenschaft von Fußbodenbelägen
vgl. OLG Köln, OLGZ 1976, 142

Diese Folgerung ist jedoch nicht zwingend: Die Annahme von isolierten Ansprüchen auf Erstellung des Sondereigentums scheitert daran, daß diese Leistung nicht ohne Errichtung des Gemeinschaftseigentum erbracht werden kann. Daraus folgt aber, daß die Annahme von Teilgläubigerschaft dann wieder möglich wird, wenn man dem einzelnen Erwerber seinerseits hinsichtlich des gesamten Gemeinschaftseigentums ebenfalls einen eigenen Anspruch einräumt.

(a) Die Ansprüche auf Bauerrichtung gegen den Unternehmer wären dann wie folgt zu verstehen: Jeder einzelne Erwerber könnte allein die Errichtung des Gemeinschaftseigentums verlangen. Er wäre also insoweit Gesamtgläubiger mit den anderen Miterwerbern nach § 428. Hinsichtlich seines Sondereigentums wäre er Teilgläubiger nach § 420.

(b) Eine weitere denkbare Möglichkeit besteht darin, den Anspruch auf Erstellung des Teileigentums inhaltlich zu beschränken. Dem einzelnen Erwerber könnte die Teilberechtigung nach § 420 erst von dem Zeitpunkt an zustehen, in dem das bestandsnotwendige Gemeinschaftseigentum erstellt ist. Der Anspruch auf Erstellung des Gemeinschaftseigentums stünde dabei allen Erwerbern gemeinschaftlich zu.

Mit dieser inhaltlichen Einschränkung bestünden keine Bedenken gegen die Teilbarkeit.

(c) Daraus ergibt sich auch, daß für die Ansprüche hinsichtlich des Sondereigentums Teilbarkeit immer dann gegeben ist, wenn das Haus erstellt ist. Gewährleistungsansprüche können daher den einzelnen Erwerbern durchaus nach Maßgabe des § 420 für ihr Sondereigentum zugewiesen werden¹.

1) so auch die einhellige Meinung für Bauträgerverträge; vgl. oben S. 197

Welcher der aufgezeigten Möglichkeiten bei der Vertragsauslegung der Vorzug zu geben ist, kann nicht isoliert nur unter Betrachtung des Herstellungsanspruches gesehen werden. Dies zeigt insbesondere die Möglichkeit der Kombination von Teilgläubigerschaft für das Sondereigentum mit Gesamtgläubigerschaft für das Gemeinschaftseigentum. Hier wird der Bauunternehmer zumindest zur Rohbauerstellung (mit Ausnahme der nicht tragenden Wände) gegenüber jedem einzelnen Erwerber verpflichtet. Dies kann man nur dann annehmen, wenn auch der Gegenleistungsanspruch auf Zahlung des Werklohn wenigstens annähernd ein Äquivalent für eine so weitgehende Haftung bietet.

(2) Der Vergütungsanspruch

Zunächst soll daher der Frage weiter nachgegangen werden, ob die Aufteilung nach Sondereigentum und nach Gemeinschaftseigentum für den Werklohnanspruch möglich ist.

Vom Leistungsgegenstand her bestehen hier keine Bedenken. Eine Geldforderung an sich ist teilbar. Schwierigkeiten ergeben sich bei der Quotelung. Erforderlich ist, daß ein Maßstab zur Verfügung steht, mit dem sie auf die einzelnen Sondereigentumsbereiche und auf das Miteigentum entfallenden Vergütungsteile voneinander getrennt werden können. Daß dies selbst bei reinen Verträgen über den Ausbau in den einzelnen Sondereigentumsbereichen Schwierigkeiten macht, liegt auf der Hand. Auch hier wird zwischen Unternehmer und Bauherrengemeinschaft (vertreten durch den Betreuer) in aller Regel ein Preis vereinbart sein, der sich am Gesamtleistungsumfang orientiert.

Auf diese Fragen braucht jedoch dann nicht näher eingegangen zu werden, wenn sich im Wege der Auslegung ergibt, daß dem Parteiinteresse ohnehin eine gesamtschuldnerische Haftung der einzelnen Erwerber oder nur eine gemeinschaftliche Haftung mehr entspricht. Die Frage, ob eine Quotelung nach Sonder- und Miteigentum möglich ist, kann aber auch dann offenbleiben, wenn sich eine teilschuldnerische Haftung auf der Basis der Teilung der Gesamtbaukosten nach einem einheitlichen Schlüssel als sachgerecht erweisen sollte. Diese Möglichkeiten sollen daher zuerst erörtert werden.

(a) Ausschließlich eine gemeinschaftliche Haftung aller Bauherren in ihrer Verbundenheit als BGB-Gesellschaft genügt offensichtlich nicht den Interessen des Unternehmers. Zugriffsobjekt wäre lediglich das von den Bestellern gebildete Gesamthandsvermögen, praktisch also die vom Betreuer oder Treuhänder geführten Baukonten. Würde man den Anspruch des Unternehmers hierauf beschränken, so trüge er das Risiko dafür, daß der Betreuer die Baukosten richtig kalkuliert und entsprechende Beträge von den Erwerbern einfordert. Der Betreuer aber ist Vertreter und Sachwalter der Erwerber. Sein Verhalten kann nicht zu Lasten des Unternehmers gehen.

(b) Zu einem extremen Schutz des Unternehmers kommt man dagegen, wenn man zusätzlich zu dem Anspruch des Unternehmers gegen die Erwerber in ihrer Gesamtheit noch einen Anspruch auf volle Bezahlung gegen jeden Erwerber einzeln als Gesamtschuldner neben allen anderen annimmt. Die Erwerber trügen dann füreinander das Risiko der Zahlungsunfähigkeit eines jeden einzelnen von ihnen. Dies ist zwar, wie dargestellt, bei einer BGB-Gesellschaft der Normalfall, vgl. § 427. Im hier zu entscheidenden Fall besteht jedoch Anlaß, von dieser Regel abzuweichen. Der BGH

hat dies in seiner Entscheidung vom 18.6.1979¹ unter anderem mit dem sozialpolitischen Anliegen bei Schaffung des WEG begründet. Das Wohnungseigentum sollte ursprünglich vor allem den einkommensschwachen Bevölkerungsschichten, deren Mittel zum Bau eines Eigenheimes nicht ausreichen, den Erwerb einer wenigstens eigenheimähnlichen Wohnung ermöglichen. Dieses Ziel sieht der BGH auch weiterhin als im Vordergrund stehend an, obwohl er anerkennt, daß Wohnungseigentum heute zumindest auch als Kapitalanlage erworben wird.

Ob der Unternehmer als Vertragspartner gerade beim Bauherrenmodell annehmen kann, die einzelnen Erwerber seien wenig kapitalkräftig, erscheint zweifelhaft. Wesentliches Motiv für den Vertragsschluß auf seiten der Erwerber ist beim Bauherrenmodell eine erhoffte Steuerersparnis. Dieser Umstand ist auch im Rechtsverkehr allgemein bekannt, weil der Betreuer häufig gerade mit der Darlegung der Steuervorteile die Erwerber wirbt. Die Steuerersparnis aber ist umso nachhaltiger, je höher der einzelne Bauherr in der Steuerprogression liegt. Auch dies ist für den Unternehmer selbstverständlich erkennbar. Er muß daher davon ausgehen, es regelmäßig eher mit kapitalkräftigen als mit kapitalschwachen Personen zu tun zu haben. Der vom BGH skizzierte einkommensschwache Wohnungseigentumserwerber ist daher nicht die richtige Beschreibung des Vertragspartners im Bauherrenmodell.

Im Ergebnis ist dennoch dem BGH zuzustimmen. Von der Frage, ob jemand in der Lage ist, für einen bestimmten, sehr hohen Betrag zu haften, muß die Frage unterschieden werden, ob er dies nach den Gesamtumständen auch will.

1) BGH NJW 1979, 2101

Gerade der regelmäßig fremdfinanzierende Erwerber im Baubetreuungsmodell, der die Wohnung auch nachher nicht selbst nutzen will, bringt zum Ausdruck, daß er sich nicht in jedem Fall und mit schärfsten Haftungskonsequenzen für die Gesamtbauerrichtung interessiert. Er will sich vielmehr erkennbar nur mit einem Betrag engagieren, der wertmäßig dem der zu erwerbenden Wohnung entspricht. Das zeigt sich insbesondere, wenn eine große Gesamtbaumaßnahme in sehr kleine Eigentumswohnungseinheiten aufgeteilt ist, wie etwa bei einem Appartementhaus. Von jemandem, der im Bauherrenmodell ein Appartement von 80.000 DM Wert aus einer Gesamtbaumaßnahme im Wert von 18 Millionen DM erwirbt¹, kann wohl kaum angenommen werden, daß er sich einer Haftung für den letzten Betrag aussetzen will, der sein eigenes Engagement um ein Vielfaches überschreitet. Dies muß selbst dann gelten, wenn man dem einzelnen Erwerber einen Anspruch nach § 428 auf Errichtung des Gemeinschaftseigentums zubilligte. Wirtschaftlich würde auch das nicht bedeuten, daß dieser Erwerber für seine gesamtschuldnerische Haftung auch im Gegenzug das ganze Haus bekäme, sondern nur, daß er der Erstellung seiner Wohnung sicher sein könnte. Leistung und Gefahr der Inanspruchnahme aus dem Gegenanspruch stünden weiterhin völlig außer Verhältnis. Demgegenüber kann nicht eingewandt werden, der Erwerber, der auf das Ganze in Anspruch genommen werde, sei deshalb nicht interessenwidrig behandelt, weil er Regreß bei den anderen Mitgliedern seiner Bauherrengemeinschaft nehmen könne. Für das Bauherrenmodell ist typisch, daß die einzelnen Erwerber nicht aufgrund persönlichen Kontaktes sich zusammenschließen, sondern sich mehr oder weniger zufällig - durch den Betreuer gewonnen - finden. Dem entspricht es nicht, anzunehmen, daß

1) Bausumme im Sachverhalt der Entscheidung vom 17.1.1980 (BGH NJW 1980, 992)

sie im Außenverhältnis füreinander mit den aufgezeigten besonders großen Risiken haften wollen.

Eine gesamtschuldnerische Haftung der Erwerber ist daher mit deren Interessen nicht vereinbar.

(c) Von diesem Ausgangspunkt aus kommt die Rechtsprechung und ihr folgend die überwiegende Literatur zur Annahme teilschuldnerischer Haftung, jedoch nach einem für das Gesamtgebäude einheitlichen Maßstab. Jeder Erwerber soll danach entsprechend seinem ideellen Anteil am Gemeinschaftseigentum haften. Eine Quotelung, die nach dem konkreten Aufwand für das einzelne Sondereigentum differenziert, wird ausdrücklich abgelehnt¹.

Der BGH begründet in seinen Entscheidungen nicht näher, weshalb er die Teilschuld gerade durch die ideellen Anteile am Gemeinschaftseigentum bestimmt. Sucht man hierfür nach einem gesetzlichen Vorbild im WEG, so bietet sich ein Vergleich mit § 16 WEG an. Diese Vorschrift regelt Nutzungen, Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums. Ihre Quotelungen beurteilen sich nach den eingetragenen Miteigentumsanteilen. Direkt kann aus dieser Vorschrift für den hier zu entscheidenden Fall nichts gefolgert werden. Zum einen betrifft die Vorschrift, wie sich aus ihrer Stellung im WEG zweifelsfrei ergibt, nur das Innenverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander. Im Außenverhältnis haften die Wohnungseigentümer für Verwaltungsschulden als Gesamtschuldner².

1) vgl. BGH NJW 1979, 2102; einschränkend jedoch BGH NJW 1980, 992, 994

2) vgl. die Nachweise oben S. 203 FN 2

Über diesen Unterschied könnte man sich bei einer vergleichenden Heranziehung der Vorschrift jedoch hinwegsetzen: Es wurde bereits dargelegt, daß eine gesamtschuldnerische Haftung für Aufbauschulden aufgrund der besonderen Interessenlage nicht in Betracht kommt.

Wesentlich ist jedoch, daß § 16 WEG den Bezugspunkt für seinen Maßstab eindeutig festlegt. Es geht nicht um Nutzungen und Kosten der Gesamtimmobilie, sondern nur um solche, die das Gemeinschaftseigentum betreffen.

§ 16 WEG entspricht es daher, die Kosten für die Errichtung des Gemeinschaftseigentums nach Größe der ideellen Anteile der einzelnen Erwerber aufzuteilen. Insoweit ist der Maßstab auch gerecht. Er verteilt die Kosten so, wie sie dem Erwerber zugute kommen¹.

Für das Sondereigentum dagegen gilt § 16 WEG in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich nicht. Diese Beschränkung ist, wie auch § 13 WEG zeigt, durchaus so gewollt. Für das jeweilige Sondereigentum ist nach dem WEG jeder einzelne selbst verantwortlich. § 16 WEG spricht also nicht für die einheitliche Quotierung, wie die Rechtsprechung sie vornimmt, sondern dagegen. Dasselbe ergibt sich, wenn man die von den Parteien vereinbarte Empfangszuständigkeit betrachtet. Der Unternehmer leistet das zum Sondereigentum Gehörende direkt an den jeweiligen Erwerber. Dem entspricht es, das Sondereigentum getrennt abzurechnen.

Nun könnte man meinen, die Baukostenaufteilung nach Miteigentumsanteilen leiste eben dies hinreichend gut. Das ist der Fall, wenn die Errichtungskosten für die einzel-

1) so auch BGH NJW 1980, 992, 994

nen Sondereigentümer im Verhältnis zueinander so stehen wie die Miteigentumsanteile. Der Ausbau der einzelnen Sondereigentumsbereiche müßte kostenmäßig proportional zur jeweiligen Größe der Wohnung verlaufen. Dies kann so sein, muß es aber durchaus nicht. Erhebliche Unterschiede ergeben sich insbesondere, wenn die Wohnungen sehr verschieden zugeschnitten sind oder wenn im Gebäude teils Wohnungseigentum, teils Teileigentum erstellt wird. Dies soll ein Beispiel verdeutlichen: In einem Haus wird im Erdgeschoß gewerblich genutzter Raum geschaffen, im ersten Obergeschoß sind zwei größere Wohnungen vorgesehen, im zweiten Obergeschoß sollen vier kleinere Wohnungen errichtet werden. Dabei soll von folgenden Miteigentumsanteilen ausgegangen werden: Ladenbereich im Erdgeschoß: $\frac{1}{3}$; Wohnungen im ersten Obergeschoß: je $\frac{1}{6}$; Wohnungen im zweiten Obergeschoß: je $\frac{1}{12}$. Betrachtet man (schematisch) einmal nur die Materialkosten im Sanitärbereich, so ergibt sich: Im Laden sind im wesentlichen nur zwei Toiletten mit Waschvorraum vorzusehen: Kosten je 500 DM. Die Wohnungen sind ausgestattet mit einer Gästetoilette (Kosten: 500 DM) und einem Bad (Kosten: 2.500 DM). Jede Wohnung erfordert daher unabhängig von ihrer Größe einen Aufwand von 3.000 DM¹.

Da sich im Hause sechs Wohnungen befinden, ergibt sich ein Betrag in Höhe von 18.000 DM. Hinzu kommen die Kosten für die Waschräume und Toiletten im Laden in Höhe von insgesamt 1.000 DM. Die Gesamtkosten betragen also 19.000 DM. Verteilt man die Kosten nach den Miteigentumsanteilen, so zeigt sich ein erhebliches Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung. Der Erwerber des Ladens haftet für 6.333,33 DM, erhält nur für 1.000 DM Leistung.

1) die eingesetzten Kosten entsprechen in etwa denen einer gehobenen Ausstattung (Stand: Januar 1980)

Umgekehrt ist es für den Erwerber einer kleineren Wohnung im zweiten Obergeschoß. Er bekommt für 3.000 DM Leistung, haftet aber nur für 1.583,37 DM. Nur der Erwerber einer Wohnung im ersten Obergeschoß erhält in etwa das, was¹ er auch bezahlt. Er bekommt Material für 3.000 DM und haftet für 3.166,33 DM.

Der aus § 16 WEG übernommene Maßstab ist daher nicht generell geeignet, die für die Sondereigentumsbereiche anfallenden Kosten sachgerecht zu quotieren. Vielmehr muß es insoweit beim Wortlaut der Vorschrift verbleiben, die nach diesem Maßstab nur den Aufwand für das Gemeinschaftseigentum verteilt.

Die Bedenken des BGH, zumindest in den Fällen, in denen es um einheitliche Arbeiten an einem Bau gehe, sei die Differenzierung nicht brauchbar, weil sich der Aufwand nicht entsprechend trennen lasse¹, greifen demgegenüber nicht durch.

Der sich bei Trennung von Sonder- und Miteigentum ergebende Maßstab ist zwar weniger einfach zu realisieren als die generelle Abrechnung nach Miteigentumsanteilen. Er erfordert, daß zunächst die auf das Gemeinschaftseigentum entfallenden Kosten getrennt ermittelt und nach dem Schlüssel des § 16 WEG verteilt werden. Außerdem müssen die auf das Sondereigentum entfallenden Kosten getrennt ausgeworfen und dem jeweiligen Eigentümer zugeschlagen werden. Im Interesse einer sachgerechten Verteilung muß dies jedoch hingenommen werden. Soweit Leistungen abgerechnet werden, die sich nur auf die einzelnen Sondereigentumsbereiche beziehen (Beispiel: Einbau von Kaminen in die einzelnen Wohnungen), ist nach konkreten, in sich abgeschlossenen Leistungsteilen abzurech-

1) vgl. BGH NJW 1979, 2101, 2102

nen. Aber auch, wo dies nicht der Fall ist, läßt sich eine die Besonderheiten der einzelnen Sondereigentumsbereiche berücksichtigende Berechnung durchführen. Soweit ein Einheitspreisvertrag (VOB/A, § 5 Nr. 1) vorliegt, können aus diesem selbst die Berechnungsgrundlagen für die Bewertung des jeweiligen Leistungsteiles unmittelbar entnommen werden. Wenn ein Pauschalpreisvertrag vorliegt (VOB/A, § 5 Nr. 1 b), muß der zur Rechnungslegung verpflichtete Unternehmer verfahren wie sonst bei Geltendmachung von Vergütung für Mehrleistungen nach VOB/B, § 2 Nr. 7. Er muß seine Kalkulation offenlegen und dartun, welcher Anteil der Vergütung auf die Leistung in der einzelnen Wohnung entfällt.

Wie sich aus dem vorgerechneten Beispiel ergibt, kann eine Ausnahme von diesem Berechnungsweg nur dann zugelassen werden, wenn die im Haus erstellten Wohnungen sämtlich gleichartig in Größe und Ausstattung sind. Nur in einem solchen Fall stimmen Miteigentumsanteil und tatsächlich zu erwartender Aufwand überein.

Soweit die Entscheidung des BGH vom 15.1.1980¹ als Abkehr von der generellen Kostenverteilung nach Miteigentumsanteilen zu verstehen ist, ist ihr also zuzustimmen. Auch der BGH will jetzt offensichtlich nicht mehr den einzelnen Erwerber für die Bauleistungen haften lassen, die dieser überhaupt nicht bekommen hat. Im Interesse der Rechtssicherheit ist jedoch bedenklich, wenn die Entscheidung den Anteil abwägend "nach den jeweiligen Umständen und der Interessenlage" durch den Tatrichter festlegen lassen will. Diese Lösung mag zwar für die Entscheidung eines Rechtsstreites sachgerecht sein. Sie bietet jedoch für die Abrechnung in der Praxis und auch für die Einschätzung von Klageaussichten des Handwerkers

1) BGH NJW 1980, 992, 994

gegen die einzelnen Erwerber unvertretbar hohe Risiken. Selbst wenn der Handwerker seine Leistungen exakt auf die einzelnen Erwerber entfallend abrechnet, kann er nicht ausschließen, daß das Gericht im Wege wertender Betrachtungsweise eine andere Kostenverteilung für angemessen hält. Deutlich zeigt sich dieses Risiko in der Konkretisierung des Maßstabes der Entscheidung vom 15.1.1980; so wie Maser¹ sie vornimmt. Maser will die Haftungsanteile nicht nur nach der Ausstattung, sondern auch nach der Lage der Wohnungen vornehmen: Südwohnungen seien üblicherweise teurer als Nordwohnungen. Derartige Einflüsse auf die Werklohnforderung des Bauhandwerkers sind abzulehnen. Der Handwerker hat nicht eine in bestimmter Art und Weise gelegene, sondern eine in bestimmter Art und Weise ausgestattete Wohnung herzustellen. Abgesehen davon, daß der Handwerker derart verkehrswertbezogene Aufteilungen selbst kaum bis ins Detail beurteilen kann, ist der Maßstab also auch nicht sachgerecht. Verkehrswertunterschiede trotz gleicher Größe und Ausstattung auszugleichen, ist also Sache der Erwerber untereinander.

Zusammenfassend kann daher zur Zahlungspflicht der Bauherrengemeinschaft und der einzelnen Bauherren festgestellt werden:

- In jedem Fall haften die Bauherren als gemeinschaftliche Schuldner mit den von ihnen gebildeten Konten zur Baufinanzierung.
- Daneben haften die Bauherren einzeln, jedoch nur nach Maßgabe des § 420.

1) Maser, NJW 1980, 962, 963

- Bei Wohnungen unterschiedlicher Größe und Ausstattung ist die Haftungsquote unter Differenzierung nach Sonder- und Miteigentum zu bilden. Der Aufwand für das Gemeinschaftseigentum wird nach dem Schlüssel des § 16 WEG verteilt. Die Sondereigentumsbereiche sind nach konkretem Aufwand abzurechnen.
- Einheitlich nach dem Schlüssel des § 16 WEG ist zu teilen, wenn die Wohnungen in der Gesamtbaumaßnahme sich in Größe und Ausstattung entsprechen.

(3) Auswirkungen der Zahlungspflicht auf die Ansprüche des Erwerbers

Unter Berücksichtigung dieser Haftung ist zu entscheiden, welche Aktivlegitimation der Bauherren von den Parteien gewollt ist. Aus der Entscheidung für eine teilschuldnerische Haftung folgt, daß nicht jeder einzelne Erwerber einen Anspruch auf Erstellung des gesamten Miteigentums (§ 428) und seines Sondereigentums haben kann. Der Unternehmer wäre sonst im Extremfall verpflichtet, gegen Bezahlung nur einer Wohnung die gesamte bestandsnotwendige Substanz des Gebäudes und den Ausbau der Wohnung des Anspruchstellers zu bewirken. Er geriete also in ein Obermaß von Haftung, der nur die gesamtschuldnerische Haftung jedes einzelnen Erwerbers für die Gesamtbaumaßnahme entsprechen würde. Ebenso wie diese abzulehnen war, kann auch dem Unternehmer keine Leistungspflicht, die der Geltendmachung nicht entspricht, zugemutet werden.

Daher kommt hier die weitere, vorstehend erörterte Möglichkeit in Betracht: Allen Erwerbern zusammen steht der Anspruch auf Errichtung des Gemeinschaftseigentums zu; den Anspruch auf Erstellung des jeweiligen Sondereigentums hat jeder Erwerber einzeln. Dieser Anspruch

umfaßt jedoch nicht, daß der Unternehmer durch die Erstellung des Gemeinschaftseigentums die tatsächlichen Voraussetzungen für die Erstellung des Sondereigentums schafft. Praktisch besteht er uneingeschränkt nur, wenn das Gemeinschaftseigentum bereits erstellt ist. Insbesondere also die Gewährleistungsansprüche stehen hinsichtlich des Sondereigentums jedem einzeln zu.

Für diese Lösung spricht das spezifische Interesse jedes einzelnen Bauherren an dem von ihm zu erwerbenden Sondereigentum. Er kann alle Maßnahmen zu dessen Erhaltung nach Abnahme allein treffen, indem er die ihm zustehenden Gewährleistungsansprüche geltend macht. Während der Bau-phase ist er jedoch darauf angewiesen, daß der ihm nur als Mitglied der Gesamthand der Bauherrengemeinschaft mit zustehende Anspruch auf Erstellung ordnungsgemäß erfüllt und notfalls auch durchgesetzt wird. Insofern hängt er - ebenso wie später bei der Verfolgung von Gewährleistungsansprüchen wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum - von dem Vorhalten der Bauherrengemeinschaft insgesamt ab. Für die Geltendmachung dieser Ansprüche ist entsprechend dem Charakter der Bauherrengemeinschaft als Gesellschaft nach §§ 705 ff nicht § 432, sondern § 714 anzuwenden. Es ist jedoch sachgerecht, in Abweichung von § 709 der Mehrheit der Gesellschafter nach entsprechender Beschlußfassung das Recht zur Vertretung aller zu geben. Dabei hat jeder Bauherr eine Stimme. Das Prinzip der Mehrheitsentscheidung ergibt sich in dem zitierten Bauherrengemeinschaftsvertrag bereits aus dem Wortlaut. Aber auch wo eine solche ausdrückliche Regelung fehlt, lassen sich insoweit §§ 21 und 25 WEG entsprechend heranziehen¹.

1) vgl. auch Röll, NJW 1978, 1507, 1509, der für die Fertigstellung durch die Wohnungseigentümergeinschaft nach Vermögensverfall des Bauträgers §§ 21 ff WEG analog anwendet

Es kann nämlich nicht davon ausgegangen werden, daß die Bauherren die Maßnahmen während der Errichtung anderen Stimmrechtsverhältnissen als die während der dann folgenden Verwaltung unterstellen wollen.

Durch eine so verstandene Aktivlegitimation sind Anspruchstellung durch die Bauherren und ihre Passivlegitimation angemessen aufeinander abgestimmt. Das soll an einem "Störungsfall" gezeigt werden. Dazu wird das im Rahmen der Anspruchsverpflichtung der Bauherren erörterte Beispiel wieder aufgenommen. Angenommen, der beschriebene Bau mit insgesamt sieben geplanten Wohn- bzw. Teileigen-tumsbereichen war zur Erstellung an einen Generalunternehmer vergeben. Nach Erstellung der Fundamente fällt der Erwerber einer der vier kleineren Wohnungen im zweiten Obergeschoß in Konkurs. Ein Nachfolger in der Baumaßnahme wird nicht gefunden. Nach der hier (insoweit mit der Rechtsprechung) vertretenen Haftung der Erwerber nur nach § 42o kann der Unternehmer von keinem der übrigen Erwerber den ausgefallenen Anteil ersetzt verlangen. Haftungsgrenze bei Inanspruchnahme ist für den einzelnen Erwerber also die auf ihn entfallende Quote. Diese bestimmt sich hier, weil die Fundamente nach § 5 Abs. 2 WEG zum Gemeinschaftseigentum gehören, nach der aus § 16 WEG ersichtlichen Quote.

Andererseits ist aber der Unternehmer nicht verpflichtet, das Bauwerk weiter fortzuführen, ohne daß hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums seine vollständige Bezahlung sichergestellt ist. Der Anspruch auf Erstellung des Gemeinschaftseigentums steht allen Bauherren gemeinschaftlich zu. Der Unternehmer braucht ihn folglich nur zu erfüllen, wenn er für ihn auch die gesamte Gegenleistung erhalten kann. Von der Erstellung des Gemeinschaftseigentums aber wiederum hängt die Möglichkeit zur Erstellung

der Sondereigentumsbereiche ab. Letztlich erhalten die Bauherren also nur Gemeinschafts- und Sondereigentum erstellt, wenn sie durch Vereinbarung untereinander sicherstellen, daß der Anteil des ausgefallenen Erwerbers an der Erstellung des Gemeinschaftseigentums bezahlt wird. Damit ergibt sich eine Differenzierung, die einen sachgerechten Ausgleich zwischen den Interessen des Unternehmers und denen der einzelnen Bauherren darstellt. Der Erwerber kann damit rechnen, auch nicht mehr als auf seinen Anteil bei Inanspruchnahme zu haften. Andererseits wird aber das Illiquiditätsrisiko bei den einzelnen Mitgliedern der Bauherrengemeinschaft nicht voll auf den Unternehmer übergewälzt, sondern verbleibt dann bei den Erwerbern, wenn diese noch weitere Rechte geltend machen wollen.

D. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse

1. Baubetreuung und Bauträgerschaft sind nur Ausschnitte aus vielfältig denkbaren Handlungsformen bei der Verschaffung von Grundstücken, verbunden mit der Errichtung eines Gebäudes.

a) Der Bauträger verpflichtet sich zur Übergabe und Über-eignung eines Grundstücks und zur Herstellung eines Gebäudes oder einer Eigentumswohnung. Dabei können sich die Parteien auch noch nach vollständiger Bauerrichtung so stellen, als sei das Bauwerk für den Erwerber erstellt worden. Von einer solchen Abrede ist beim schlüsselfertigen Erwerb auszugehen.

b) Baubetreuung liegt vor, wenn der Betreuer dem Erwerber das Grundstück und die Erstellung des Bauwerkes ver-

mittelt und dabei in fremdem Namen auftritt. Festpreisabreden zwischen Betreuer und Erwerber sind als selbständige Preisgarantie zu verstehen. Sie hindern das Vorliegen eines Baubetreuungsverhältnisses nicht.

2. Sowohl bei Bauträgerschaft als auch bei der Baubetreuung sind die hinsichtlich Grundstück und hinsichtlich Gebäude übernommenen Verpflichtungen getrennt rechtlich zu würdigen.

a) Bei der Bauträgerschaft beurteilen sich die Pflichten hinsichtlich des Grundstücks nach §§ 433 ff, hinsichtlich des Gebäudes nach §§ 631 ff.

b) Bei der Baubetreuung beurteilen sich die Pflichten hinsichtlich der Grundstücksverschaffung und der wirtschaftlichen Betreuung nach §§ 675, 631, hinsichtlich der technischen Betreuung nach § 631.

3. An das Handeln des Betreuers in fremdem Namen sind bei normativer Auslegung strenge Anforderungen zu stellen. Die Bezeichnung mit einem aus der Firmierung des Betreuers entnommenen Namen reicht nicht aus.

4. Der Betreuer haftet gegenüber dem Unternehmer aus c.i.c. Der Umfang der Haftung ergibt sich im Regelfall aus analoger Anwendung der §§ 765 ff.

5. Handelt der Betreuer in eigenem Namen, so hat der Unternehmer keine gesetzlichen Ansprüche gegen die Erwerber.

6. Der Umfang der Betreuervollmacht bestimmt sich nach dem vollständigen Inhalt des Betreuungsvertrages. Es kann nicht angenommen werden, daß Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht unterschiedlich ausgestaltet sind.

7. Für den Betreuer spricht gutgläubigen Dritten gegenüber der Anschein einer wirksamen Bevollmächtigung. Dies gilt jedoch nicht im Rahmen der technischen Betreuung.

8. Unwiderruflichkeit der Vollmacht verhindert nie das Handeln der Erwerber selbst. Unwiderruflichkeit muß ausdrücklich vereinbart sein; die Vereinbarung mit einem einzelnen Erwerber ist nur dann wirksam, wenn alle Mitglieder der Bauherrengemeinschaft sie ebenfalls getroffen haben.

9. Der Betreuer haftete dem Unternehmer aus § 179, wenn er für noch nicht gefundene Erwerber Aufträge vergibt.

10. Die Bauherrengemeinschaft ist als BGB-Gesellschaft zu verstehen, wobei jedoch mit dem Unternehmer eine besondere Art der Leistungsannahme vereinbart ist. Das Bauwerk soll nicht in das Gesamthandsvermögen der Gesellschaft kommen, sondern wird von den Erwerbern in ihrer Eigenschaft als Wohnungseigentümer entgegengenommen.

11. Die Erwerber haften für die Bezahlung der Werklohnforderung teilschuldnerisch. Die Quote ist zu bilden durch Trennung des auf das Gemeinschaftseigentum entfallenden Aufwandes von den Kosten für die Erstellung der Sondereigentumsbereiche (Ausnahme: im Gebäude sind nur gleichwertige Wohnungen vorgesehen). Die Kosten für das Gemeinschaftseigentum werden nach dem Maßstab des § 16 WEG gequotelt. Die Kosten für Sondereigentum sind nach konkretem Aufwand abzurechnen.

12. Den Erwerbern steht der Anspruch auf Erstellung des Gemeinschaftseigentums zur gesamten Hand zu. In Abweichung von § 709 entscheidet die Mehrheit der Bauherren.

Der Unternehmer kann weitere Leistungen verweigern, soweit seine Forderungen hinsichtlich des Miteigentums nicht voll befriedigt sind.

Der Anspruch auf Erstellung des Sondereigentums und die zugehörigen Gewährleistungsansprüche stehen jedem Erwerber einzeln zu. Sie sind jedoch von der Erstellung des Gemeinschaftseigentums abhängig.

LEBENS LAUF

Am 4. Dezember 1946 wurde ich, Gerd Möller, als Sohn des Studiendirektors Georg Möller und seiner Ehefrau Anna geb. Windhaus, in Vechta geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule und des Gymnasium Antonianum in Vechta legte ich im Januar 1966 das Abitur ab. Von April 1966 bis September 1967 leistete ich den Wehrdienst ab. Im Oktober 1968 begann ich das Studium der Rechtswissenschaften in Münster. Nach dem Ersten juristischen Staatsexamen im Januar 1972 schloß ich sofort meinen Referendardienst an. Die Zweite Juristische Staatsprüfung legte ich im März 1976 in Düsseldorf ab. Seit dem bin ich als Rechtsanwalt in Münster tätig.



